

Methode und Kriterien der Konkretisierung offener Normen durch die Verwaltung

Eine Untersuchung von Theorie und Praxis
anhand ausgewählter durch die Bundesverwaltung
zu erteilender wirtschaftspolitischer Bewilligungen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

CLAUDIA SCHOCH

von Zürich und Oberwangen TG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Georg Müller

1985



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Methode und Kriterien der Konkretisierung offener Normen durch die Verwaltung

Eine Untersuchung von Theorie und Praxis
anhand ausgewählter durch die Bundesverwaltung
zu erteilender wirtschaftspolitischer Bewilligungen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

CLAUDIA SCHOCH

von Zürich und Oberwangen TG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Georg Müller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 6. Juni 1984

Der Dekan:

Prof. Dr. Kurt Bauknecht

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 51 der Reihe

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von U. Häfelin, W. Haller, A. Kölz, G. Müller, D. Schindler und F. Zuppinger

*Meinen Eltern
und Martin*

Manchen Freunden gebührt im Zusammenhang mit dieser Arbeit Dank, insbesondere aber auch den verschiedenen Bundesverwaltungsstellen, die mir bereitwillig und sachkundig Auskunft gaben. Ganz besonders danke ich Herrn Prof. Dr. Georg Müller für die zahlreichen Hinweise und Anregungen – während und nach meiner Assistentenzeit – und für die gewährte Freiheit bei der Bearbeitung des Themas.

Die Arbeit wurde im April 1983 abgeschlossen.

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	X
Abkürzungsverzeichnis	XIV
Einleitung	XV
 I. Kapitel	
Unbestimmter Gesetzesbegriff und Ermessen in der Theorie	1
 § 1 Funktionen des Gesetzes	1
I. Gesetz als rechtsstaatliche Garantie und Verwirklichung des demokratischen Willens	1
A. Geltungsbereich des Gesetzesvorbehalts	1
B. Einfluss der veränderten Staatsaufgaben auf die Funktion des Gesetzes	2
C. Verwaltungshandeln stützt sich auf Gesetze	3
II. Gesetz und Verwirklichung der Rechtsgleichheit	4
A. Gesetz als Garant der Rechtsgleichheit	4
B. Bedeutung der Allgemeinheit, Abstraktheit und Dauer für die Rechtsgleichheit	5
III. Gesetz und Rechtssicherheit	6
IV. Anforderungen an die Bestimmtheit des Gesetzes	6
 § 2 Rechtsanwendung	9
I. Allgemeines	9
II. Die schweizerische Lehre zur Rechtsanwendung	9
 § 3 Unbestimmter Gesetzesbegriff und Ermessen	11
I. Allgemeine Ausführungen	11
II. Der unbestimmte Gesetzesbegriff	12
III. Das Ermessen	13
 § 4 Auslegung – Rechtsfindung – Rechtskonkretisierung	15
I. Auslegung und Lückenfüllung in der traditionellen Lehre	15
A. Das Wesen der Auslegung	15
1. Ziel der Auslegung	15
2. Elemente der Auslegung	16
B. Lückenfüllung in der traditionellen Lehre	17
C. Gegenseitiges Verhältnis von Auslegung und Lückenfüllung	17
II. Rechtsfindung in Ausrichtung auf das Rechtsganze	18
III. Probleme der ganzheitlichen Rechtsgewinnung	19
IV. Die neuere Hermeneutik und der Rechtsfindungsprozess	20

VI

A. Vorverständnis als Bedingung des Verstehens	20
B. Verstehen als aktuelles Geschehen	21
C. Der Beitrag der neueren Hermeneutik zur Rechtsgewinnung	23
V. Topik als weiteres Element der Rechtsgewinnung	24
VI. Bedingungen der Rechtsgewinnung	25
A. Erkennen und Entscheiden	25
B. Grenzen der Rechtserzeugung durch den Interpreten	26
§ 5 Das Verhältnis von unbestimmtem Gesetzesbegriff und Ermessen in der Lehre	28
I. Unbestimmter Gesetzesbegriff als Auslegungsobjekt, Ermessen als Freiraum	28
II. Gegenüberstellung von Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff mit Beurteilungsspielraum	29
III. Unbestimmter Gesetzesbegriff und Ermessen als einheitliche Ermächtigung zur Individualisierung von Rechtsfolgen	32
A. Funktion des unbestimmten Gesetzesbegriffes und des Ermessens	32
B. Rechtsbindung im Bereich von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen	34
C. Ermessensausübung als Tatbestandsergänzung	35
D. Bindungen der "Tatbestandsergänzung" bei der Ermessensermächtigung und Bindungen bei der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe	36
E. Gerichtliche Kontrolle	37
IV. Unbestimmter Gesetzesbegriff und Ermessen, eingebettet in die gesamte Rechtskonkretisierung	39
§ 6 Schlussfolgerungen	43
I. Bedeutung offener Normen	43
II. Einfluss der Beurteilung des Erkenntnisvorgangs und der Würdigung der Steuerungskraft der Verfassung	44
II. Kapitel	
Analyse des praktischen Umgangs mit offenen Normen am Beispiel von Entscheidungen über wirtschaftspolitische Bewilligungen	46
§ 1 Allgemeine Ausführungen	46
I. Die empirische Untersuchung	46
A. Untersuchungsobjekt und -ziel	46
B. Das Vorgehen	47
II. Konkretisierungsanalyse und Implementationstheorie	48
§ 2 Die untersuchten Konkretisierungsprozesse	50
I. Futtermittelkontingentierung	50
A. Das Bewilligungssystem	50
1. Aufgaben der EVD	50
2. Aufgaben der GGF	50

2.1. Exkurs: Rechtsform der GGF	50
2.2. Tätigkeit der GGF im allgemeinen	51
3. Bestimmung der Kontingentshöhe	52
3.1. Eröffnung neuer Kontingente und Revision der bestehenden	52
4. Zielsetzungen der Futtermittelkontingentierung	52
4.1. Die handelspolitische Zielsetzung	53
4.2. Die agrarpolitische Zielsetzung	53
4.3. Die versorgungspolitische Zielsetzung	54
B. Offene Normierung der Futtermittelkontingentierung	55
1. Die massgebenden Regelungen	55
2. Funktion der Offenheit	57
2.1. Funktion der Offenheit bezüglich der Befugnisse des EVD	57
2.2. Funktionen der Offenheit bezüglich der Befugnisse der GGF	57
2.2.1. Allgemeine Ausführungen	57
2.2.2. Funktion der offenen Normierung	58
C. Konkretisierung der offenen Normen durch die Vollzugsorgane	60
1. Konkretisierungstätigkeit des EVD	60
2. Konkretisierungstätigkeit der GGF	61
D. Beurteilung der Konkretisierungstätigkeit	61
1. Beurteilung der Konkretisierung durch das EVD	61
2. Beurteilung der Konkretisierungstätigkeit der GGF	62
E. Exkurs: Der Entwurf eines neuen Kontingentssystems	63
II. Einfuhrbeschränkungen bei Schlachtvieh und Fleisch	64
A. Das Bewilligungssystem	64
1. Die Bewilligungsordnung	64
2. Verfolgte Zwecke	66
B. Offenheit	67
1. Die massgebenden Regelungen	67
2. Funktion der Offenheit	69
C. Konkretisierung durch die Vollzugsorgane	69
D. Beurteilung des Konkretisierungsprozesses	70
III. Das Dreiphasensystem (erläutert am Beispiel des Obstes)	71
A. Das Bewilligungssystem	71
1. Die Bewilligungsordnung	71
2. Mit der Bewilligungspflicht verfolgte Zwecke	74
B. Die offene Normierung	74
1. Die massgebenden Regelungen	74
2. Funktion der offenen Normierung	75
C. Konkretisierung der offenen Normen durch die Bewilligungsbehörde	76
D. Beurteilung der Konkretisierung durch die Bewilligungsbehörde	77
IV. Getreidesammelstellen	78
A. Das Bewilligungssystem	78
1. Die Bewilligungsordnung und die Bewilligungsvoraussetzungen	78
2. Verfolgter Zweck	78
B. Offenheit	79
1. Die massgebenden Regelungen	79
2. Funktion der Offenheit	80
C. Konkretisierung der offenen Normen durch die Getreideverwaltung	81
D. Beurteilung der Konkretisierungstätigkeit der Eidgenössischen Getreideverwaltung	82
V. Bewilligungen im Zusammenhang mit der Inverkehrsetzung von Milch und Milchprodukten	84
A. Das Bewilligungssystem	84

VIII

1. Die einzelnen Bewilligungen und ihre Erteilungsvoraussetzungen	85
1.1. Die Bewilligung zum Wechsel der Sammelstellen	85
1.2. Die Bewilligung zum direkten Milchverkauf (Selbstauss messen)	85
1.3. Die Bewilligung zur Verarbeitung der Milch im eigenen Betrieb	86
2. Zwecke der Bewilligungspflichten	86
B. Offenheit	87
1. Die massgebenden Regelungen	87
1.1. Offenheit bei der Bewilligung zum Wechsel der Sammelstelle	87
1.2. Offenheit bei der Bewilligung zum direkten Milchverkauf (Selbstauss messen)	88
1.3. Offenheit bei der Bewilligung zur Verarbeitung der Milch im eigenen Betrieb	89
2. Funktion der offenen gesetzlichen Grundlage	89
C. Konkretisierung der Offenheit durch die Bewilligungsbehörden	90
1. Konkretisierung beim Sammelstellenwechsel	90
2. Konkretisierung beim direkten Milchverkauf (Selbstauss messen)	91
3. Konkretisierung bei der Verarbeitung der Milch im eigenen Betrieb	92
D. Beurteilung der Konkretisierungstätigkeit der Verwaltung	92
1. Sammelstellenwechsel	92
2. Direkter Milchverkauf (Selbstauss messen)	93
3. Verarbeitung der Milch im eigenen Betrieb	93
VI. Die Bewilligungen im Zusammenhang mit der Energieversorgung	94
A. Die Bewilligung von Kernkraftwerken	94
1. Die Bewilligungsvoraussetzungen	95
2. Mit dem Bewilligungsverfahren verfolgter Zweck	96
B. Die Offenheit	99
1. Die massgebenden Regelungen	99
2. Funktion der Offenheit	101
C. Konkretisierung durch die Bewilligungsbehörden	102
D. Beurteilung des Konkretisierungsvorganges	105

III. Kapitel

Bewältigung der Konkretisierungsaufgabe	106
§ 1 Die Konkretisierung durch die Verwaltung	106
I. Festgestellte Verhaltensweisen	106
II. Orientierung am Rechtsganzen oder Beschränkung auf das Naheliegende?	107
A. Systemtheoretische Betrachtungsweise	107
1. Systembildung	107
2. Die Zweckfunktion	109
3. Die Funktion von System und Untersystem	110
4. Die Funktion der offenen Norm	112
III. Das Gespräch zwischen Verwaltung und Bürger	113
IV. Regelbildung bei der Konkretisierung offener Normen	114
A. Das Routineverhalten	114
B. Regelbildung durch die Verwaltung	114
§ 2 Funktionsgerechte Konkretisierung offener Normen	116
§ 3 Theorie und Praxis	120

§ 4	Exkurs: Überprüfungsumfang gerichtlicher und verwaltungsinterner Beschwerdeinstanzen	121
I.	Überprüfungstätigkeit des Bundesgerichts	121
	A. Ermessensüberprüfung durch das Bundesgericht	121
	B. Überprüfung unbestimmter Gesetzesbegriffe durch das Bundesgericht	122
II.	Überprüfungsbefugnis der verwaltungsinternen Beschwerdeinstanzen bei Ermessensermächtigungen und unbestimmten Gesetzesbegriffen	124
III.	Funktionsgerechte Überprüfung offener Normen	125

LITERATURVERZEICHNIS

(Weitere Literaturangaben befinden sich in den Anmerkungen.)

- Alder, Ernst. Die staatliche Lenkung der schweizerischen Futtermiteinfuhr, Zürcher Diss., Winterthur 1956 (zit. Futtermiteinfuhr).
- Bachof, Otto. Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in: JZ 10, 1955, S. 97 ff. (zit. Beurteilungsspielraum).
- Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, in: VVDStRL 30, 1972, S. 193 ff. (zit. Dogmatik).
- Baudenbacher, Carl. Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Berner Diss., Zürich 1978 (zit. Suggestivwerbung).
- Bericht, fünfter, über die Lage der schweizerischen Landwirtschaft und die Agrarwirtschaft des Bundes vom 22. Dezember 1976, BBl. 1977 I 242 ff. (zit. Fünfter Landwirtschaftsbericht).
- Botschaft zu einem Bundesgesetz über die schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel vom 7. Dezember 1981, BBl. 1982 I 101 ff.
- Bridel, Denis. Procédures d'Autorisation de Centrales Nucléaires, in: Problèmes Juridiques de l'Energie. Enseignement de 3e cycle de droit 1981, Zürich 1982, S. 241 ff. (zit. procédures).
- Büchler-Tschudin, Verena. Rechtsprobleme bei der Beschränkung der Einfuhr von Futtermitteln und Fleisch, in: Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 211 ff. (zit. Rechtsprobleme).
- Bullinger, Martin. Ermessen und Beurteilungsspielraum – Versuche einer Therapie, in: NJW 27, 1974, S. 769 ff. (zit. Ermessen).
- Unbestimmte Gesetzesbegriffe in der neueren deutschen und französischen Verwaltungsrechtsprechung, in: Festschrift für Hermann Jahrreiss zum 80. Geburtstag, Köln/Berlin/Bonn/München 1974, S. 19 ff. (zit. unbestimmte Gesetzesbegriffe).
- Burckhardt, Walther. Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, Bern 1925 (zit. Lücken).
- Methode und System des Rechts, Zürich 1936 (Neudruck 1971) (zit. Methode).
- Burgunder, Willy. Rechtliche Ordnung des Schlachtviehmarktes, in: Blätter für Agrarrecht, 1982, S. 21 ff. (zit. Ordnung).
- Deschenaux, Henri. Die Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht II, Basel 1967, S. 1 ff. (zit. Einleitungstitel).
- Dubs, Hans. Die Forderung der optimalen Bestimmtheit belastender Normen, in: ZSR 93 N.F., 1974, II S. 223 ff. (zit. optimale Bestimmtheit).
- Ehmke, Horst. "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht, in: Staat und Recht, Tübingen 1960, S. 3 ff. (zit. Ermessen).
- Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20, 1961, Berlin 1963 (zit. Prinzipien).
- Energiekommission, Eidgenössische. Bericht über den Bedarfsnachweis für Kernkraftwerke, Eidgenössische Drucksachen- und Materialzentrale, Bern 1981 (zit. Bedarfsnachweis).
- Bericht über den Bedarfsnachweis für Kernkraftwerke, Zusammenfassung, Eidgenössische Drucksachen- und Materialzentrale, Bern 1981 (zit. Bedarfsnachweis, Zusammenfassung).
- Engisch, Karl. Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963 (zit. Studien).
- Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1977 (zit. Einführung).
- Erb, Renate. Die heutige Getreideversorgung der Schweiz, Zürcher Diss., Zürich 1969 (zit. Getreideversorgung).
- Erichsen, Hans-Uwe. Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum, in: Verwaltungsarchiv 63, 1972, S. 337 ff. (zit. unbestimmter Rechtsbegriff).
- Erichsen, Hans-Uwe/Martens, Wolfgang u.a. Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Berlin/New York 1979 (zit. Verwaltungsrecht).

- Esser, Josef. Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970 (zit. Vorverständnis).
- Bemerkungen zur Unentbehrlichkeit des juristischen Handwerkszeugs, in: JZ 30, 1975, S. 555 ff. (zit. Unentbehrlichkeit).
- Fischer, Ulrich. Die Bewilligung von Atomanlagen nach schweizerischem Recht, Bern 1980 (zit. Bewilligung).
- Fleiner-Gerster, Thomas. Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1980 (zit. Verwaltungsrecht).
- Gadamer, Hans-Georg. Wahrheit und Methode, 4. Aufl., Tübingen 1975 (zit. Wahrheit).
- Geitmann, Roland. Bundesverfassungsgericht und "offene" Normen, Berlin 1971 (zit. Bundesverfassungsgericht).
- Germann, Oscar Adolf. Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., Bern 1967 (zit. Rechtsfindung).
- Geschäftsbericht der Schweizerischen Genossenschaft für Getreide und Futtermittel, 1980.
- Giacometti, Zaccaria. Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960 (zit. Allgemeine Lehren).
- Gygi, Fritz. Bundesverwaltungsrechtspflege, 1. Aufl., Bern 1979 (zit. Bundesverwaltungsrechtspflege, 1. Aufl.).
- Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983 (zit. Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl.).
 - Die Rechtsgestalt der Universität, in: ZBJV 106, 1970, S. 133 ff. (zit. Rechtsgestalt).
 - Rechtsgrundsätze der Einfuhrkontingentierung, in: Blätter für Agrarrecht 1974, S. 77 ff. (zit. Rechtsgrundsätze).
 - Die Schweizerische Wirtschaftsverfassung, in: ZSR 89 N.F., 1970, II, S. 265 ff. (zit. Wirtschaftsverfassung).
- Häfelin, Ulrich. Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 241 ff. (zit. Auslegung).
- Zur Lückenfüllung im öffentlichen Recht, in: Festschrift für Hans Nef, Zürich 1981 (zit. Lückenfüllung).
- Heck, Philipp. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: Archiv für civilistische Praxis 112, 1914, S. 1 ff.
- Henny, Jean-Michel. L'importation de produits agricoles. Une réglementation et sa mise en oeuvre, Lausanner Diss., Lausanne 1981 (zit. l'importation).
- Herrmann, Ulrich. Landwirtschaftliches Aussenhandelsrecht der Schweiz, in: Blätter für Agrarrecht, 1979, S. 1 ff. (zit. Aussenhandelsrecht).
- Hesse, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1980 (zit. Grundzüge).
- Hinderling, Hans Georg. Rechtsnorm und Verstehen. Die methodologischen Folgen einer allgemeinen Hermeneutik für die Prinzipien der Verfassungsauslegung, Basler Diss., Bern 1971 (zit. Rechtsnorm).
- Horber, Rudolf. Die schweizerische Agrarimportkonzeption. Eine Bestandesaufnahme, Diessenhofen 1981 (zit. Agrarimportkonzeption).
- Imboden, Max. Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, in: Staat und Recht, Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1971, S. 3 ff. (zit. Gesetz).
- Imboden, Max/Rhinow, René A. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bände (durchgehend numeriert und paginiert), Basel/Stuttgart 1976.
- Jellinek, Walter. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägungen, Tübingen 1913 (zit. Gesetz).
- Jesch, Dieter. Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl., Tübingen 1968 (zit. Gesetz).
- Jezler, Christoph. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, insbesondere im Bund, Zürcher Diss., Zürich 1967 (zit. Grundsatz).
- Jost, Andreas. Zum Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: ZSR 116 N.F., 1982, II. Band, S. 455 ff. (zit. Rechtsschutz).
- Kägi-Diener, Regula. Justiz und Verwaltung, Zürcher Diss., Zürich 1979 (zit. Justiz).
- Kartellkommission, schweizerische, Veröffentlichungen. Die Kontingentierung der Futtermiteleinfuhr, Bd. 15, 1980, Heft 1/2 (zit. Kontingentierung).

- Knoepfel, Peter. Öffentliches Recht und Vollzugsforschung – Beiträge der sogenannten Implementationsforschung zur staats- und verwaltungsrechtlichen Parlamentsdiskussion, Staat und Politik, Bd. 24, Bern 1979 (zit. Vollzugsforschung).
- Koch, Hans-Joachim. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, Frankfurt a.M. 1979 (zit. Rechtsbegriffe).
- Kriele, Martin. Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Berlin 1976 (zit. Theorie).
- Larenz, Karl. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1979 (zit. Methodenlehre).
- Luhmann, Niklas. Theorie der Verwaltungswissenschaft, Köln/Berlin 1966 (zit. Verwaltungswissenschaft).
- Zweckbegriff und Systemrationalität, Tübingen 1973 (zit. Zweckbegriff).
- Lyk, Reto A. Wirtschaftspolitisch motivierte Bewilligungspflichten im schweizerischen Recht, Berner Diss., Zürich 1970 (zit. Wirtschaftspolitische Bewilligung).
- Mallmann, Walter. Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, in: VVDStRL 19, 1960, Berlin 1961, S. 165 ff. (zit. Schranken).
- Mayntz, Renate. Die Implementation politischer Programme: Theoretische Überlegungen zu einem Forschungsgebiet, in: Die Verwaltung 10, 1977, S. 51 ff. (zit. Implementation).
- Meier-Hayoz, Arthur. Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Art. 1 ZGB, Bern 1962 (zit. Art. 1 ZGB N ...).
- Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Art. 4 ZGB, Bern 1962 (zit. Art. 4 N ...).
 - Der Richter als Gesetzgeber. Zur rechtspolitischen Komponente richterlicher Tätigkeit, in: Festschrift für Max Guldener zum 70. Geburtstag, Zürich 1973, S. 189 ff. (zit. Richter).
 - Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts, in: JZ 36, 1981, S. 417 ff. (zit. Aspekte).
- Moor, Pierre. Le juge administratif et l'application de la loi, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 667 ff. (zit. le juge).
- Müller, Friedrich. Normstruktur und Normativität, Berlin 1966 (zit. Normstruktur).
- Müller, Georg. Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel/Stuttgart 1979 (zit. Inhalt).
- Reserve staatlicher Willkür – Grauzone zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle, in: Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 109 ff. (zit. Reserve).
 - Privateigentum heute, vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung, in: ZSR 100 N.F., 1981, II S. 1 ff. (zit. Privateigentum).
- Müller, Jörg Paul. Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: VVDStRL 39, 1980, S. 53 ff. (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit).
- Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidungsstrukturen, in: Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 169 ff. (zit. grundrechtliche Anforderungen).
- Nef, Hans. Die Flut der Gesetze, in: Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 559 ff. (zit. Flut).
- Nell, A. Mengenmässige Beschränkungen im Agrarrecht, in: Blätter für Agrarrecht 70, 1974, S. 67 ff. (zit. Mengenmässige Beschränkungen).
- Oftinger, Karl. Punktationen für eine Konfrontation der Technik mit dem Recht, in: Ausgewählte Schriften, Zürich 1978, S. 22 ff. (zit. Punktationen).
- Ossenbühl, Fritz. Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg v.d.H./Berlin/Zürich 1968 (zit. Verwaltungsvorschriften).
- Peters, Hans. Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, Bern 1961, S. 206 ff. (zit. Verwaltung).
- Rausch, Heribert. Schweizerisches Atomenergierrecht, Zürich 1980 (zit. Atomenergierrecht).
- Reuss, Hermann. Das Ermessen, in: DVBl. 68, 1953, S. 585 ff. (zit. Ermessen).
- Der unbestimmte Rechtsbegriff, in: DVBl. 68, 1953, S. 649 ff. (zit. unbestimmter Rechtsbegriff).
- Rhinow, René A. Rechtsetzung und Methodik, Basel/Stuttgart 1979 (zit. Rechtsetzung).
- Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel, in: Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel, Festschrift für Kurt Eichenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1982, S. 657 ff. (zit. Verwaltungsgerichtsbarkeit).

- Roos, Gottfried. Der Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts, in: ZBJV 91bis, 1955, S. 117 ff. (zit. Grundsatz).
- Saladin, Peter. Kernenergie und schweizerische Staatsordnung, in: Recht als Prozess und Gefüge, in: Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 297 ff. (zit. Kernenergie).
- Schaumann, Wilfried. Gleichheit und Gesetzmässigkeit, in: JZ 21, 1966, S. 721 ff. (zit. Gleichheit).
- Scheuner, Ulrich. Das Gesetz als Auftrag der Verwaltung, in: DöV 22, 1961, S. 585 ff. (zit. Gesetz als Auftrag).
- Die Funktion des Gesetzes im Sozialstaat, in: Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 127 ff. (zit. Funktion des Gesetzes).
- Schmidt, Walter. Abschied vom "unbestimmten Rechtsbegriff", in: NJW 28, 1975, S. 1753 ff. (zit. Abschied).
- Gesetzesvollziehung durch Rechtssetzung, Bad Homburg v.d.H./Berlin/Zürich 1969 (zit. Gesetzesvollziehung).
- Schmidt-Eichstaedt, Gerd. Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung, in: AöR 98, 1973, S. 173 ff. (zit. Ermessen).
- Schneider, Peter. Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL 20, 1961, Berlin 1963, S. 1 ff. (zit. Prinzipien).
- Scholz, Rupert. Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: VVDStRL 34, 1975, Berlin/New York 1976, S. 145 ff. (zit. Verwaltungsverantwortung).
- Schürmann, Leo. Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation, in: ZSR 72 N.F., 1953, S. 65a ff. (zit. Unternehmungen).
- Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 1978 (zit. Wirtschaftsverwaltungsrecht).
- Schweizer, Rainer. Über die Rechtssicherheit und ihre Bedeutung für die Gesetzgebung, Basler Diss., Basel 1974 (ungedruckt) (zit. Rechtssicherheit).
- SES-Report Nr. 7, Atomgesetz-Revision durchleuchtet, ein Hearing, Zürich 1979 (zit. Atomgesetz-revision durchleuchtet).
- Steinmann, Gerold. Unbestimmtheit verwaltungsrechtlicher Normen aus der Sicht von Vollzug und Rechtssetzung, Berner Diss., Bern 1982 (zit. Unbestimmtheit).
- Tettinger, Peter J. Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, München 1980 (zit. Rechtsanwendung).
- Troller, Alois. Das Gesetz im Recht, in: ZSR 93 N.F., 1974, 2. Halbband, S. 29 ff. (zit. Gesetz).
- Sein und Schein in der Rechtsprechung, in: SJZ 79, 1983, S. 105 ff. (zit. Sein).
- Ule, Carl Hermann. Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Jellinek-Gedächtnisschrift, 1955, S. 309 ff. (zit. Anwendung).
- Viehweg, Theodor. Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl., München 1974 (zit. Topik).
- Weber, Karl. Die schweizerische Aussenhandelsgesetzgebung unter besonderer Berücksichtigung der Handels- und Gewerbefreiheit, Freiburger Diss., Zürich 1975 (zit. Aussenhandelsgesetzgebung).
- Weber-Dürler, Beatrice. Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtssetzung, Zürcher Diss., Bern 1973 (zit. Rechtsgleichheit).
- Weigel, Hans Jürgen. Beurteilungsspielraum oder Delegationsbegriff? Der Umfang des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes im Hinblick auf das Prinzip der abgeleiteten Staatsgewalt, Bern/Frankfurt a.M. 1971 (zit. Beurteilungsspielraum).
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto. Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974.
- Zäch, Roger. Tendenzen der juristischen Auslegungslehre, in: ZSR 96 N.F., 1977, 1. Halbband, S. 313 ff. (zit. Tendenzen).
- Bestimmtere und unbestimmtere Formulierungen von Tatbestand und Rechtsfolge: Konsequenzen für die Rechtsanwendung, in: Beiträge zur Methode des Rechts, St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1981, Bern/Stuttgart 1981, S. 271 ff. (zit. Formulierung).
- Zippelius, Reinhold. Rechtsgewinnung durch experimentierendes Denken, in: Festschrift für Hans Huber, Bern 1981, S. 143 ff. (zit. Rechtsgewinnung).

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.M.	anderer Meinung
Amtl.Bull. S/N	Amtliches Bulletin Ständerat/Nationalrat
AS	Amtliche Sammlung der eidgenössischen Gesetze
Aufl.	Auflage
BB	Bundesbeschluss
BBl.	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheid (BRD)
d.h.	das heisst
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
EEK	Eidgenössische Enkrie Kommission
EVD	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement
GGF	Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel
ggf.	gegebenenfalls
gl.M.	gleicher Meinung
GSF	Schweizerische Genossenschaft für Schlachtvieh- und Fleischversorgung
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
hrsg.	herausgegeben
i.d.R.	in der Regel
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
m.E.	meines Erachtens
N	Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Sten.Bull. S/N	Amtliches stenographisches Bulletin Ständerat/Nationalrat
VEB	Verwaltungsentscheide des Bundes
vgl.	vergleiche
VPB	Verwaltungspraxis des Bundes
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

EINLEITUNG

Eine komplexe, hochtechnisierte und arbeitsteilige Gesellschaft produziert eine Flut von Rechtssätzen, die der Vielzahl von Fällen, die in einer solchen Gemeinschaft ebenso vielfältig sind, gerecht werden sollten. Mit dem Verlust der festen Einbettung des einzelnen in bestimmte Gruppen wie Familien-, Religions- und Dorfgemeinschaft nehmen die staatlichen Aufgaben zu. Das autonome Individuum ist nicht autark. Der Staat übernimmt immer mehr Funktionen, die früher die staatsunabhängigen Gemeinschaften erfüllten. Mit der Entwicklung zum Wohlfahrtsstaat weitet sich die Gesetzgebungstätigkeit aus¹. Der Staat kümmert sich um die Alters- und Invalidenversorgung, um das Gesundheits- und Schulwesen und greift u.a. als Strukturgestalter in den Produktionsprozess der Landwirtschaft und in beschränktem Masse in die Konjunkturzyklen ein. Er sorgt für den Schutz der Konsumenten, der Mieter, der Umwelt, der Heimat usw.². Er tritt planend und lenkend auf. Dabei erhält das Recht eine konfliktregulierende, ausgleichende, freiheitssichernde sowie freiheitsbegrenzende Funktion³. Die Zunahme des Rechtsstoffes ist "Ausdruck eines wachsenden Problemlösungsbedarfs durch das Gemeinwesen"⁴. Wichtiges Ausführungsorgan ist die Verwaltung. Ihre Funktion verändert sich parallel zur Ausweitung der Staatsaufgaben.

Mit der Regelung immer komplexerer und dynamischerer Sachgebiete geht eine in zeitlich immer kürzeren Intervallen folgende Ablösung der erlassenen Rechtssätze durch neue einher. Zur Erfassung der vielschichtigen Probleme weicht der Gesetzgeber zum Teil auf offene Formulierungen aus⁵. Damit erreicht er eine grössere formale Beständigkeit der Rechtsnormen, verbunden allerdings mit dem Verzicht auf Präzision und mit schwindender Steuerungsfähigkeit. Durch die Beschränkung auf das Wesentliche und Grundsätzliche ist es möglich, eine gewisse Überschaubarkeit zu erreichen⁶. Es wird dabei eine allzu weit getriebene Konkretisierung gesetzlicher Vorschriften vermieden⁷. Die Folge ist die Verlagerung der Konkretisierungsaufgabe auf untergesetzliche Erlasse oder gar auf die Anwendungsebene⁸.

Die offene Ausgestaltung von Rechtssätzen ist auf verschiedenen Wegen zu erreichen: Einerseits kann ein unbestimmter Tatbestand mit einer bestimmten Rechtsfolge verknüpft sein. Andererseits ist es möglich, dass der Tatbestand be-

1 Nef, Flut, 561.

2 Vgl. Nef, Flut, 563 ff.

3 Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 663.

4 Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 663.

5 Vgl. Jost, Rechtsschutz, 505.

6 Dubs, optimale Bestimmtheit, 224.

7 Dubs, optimale Bestimmtheit, 224.

8 Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 664.

stimmt formuliert und die Rechtsfolge relativ offengelassen wird. Letztlich können auch Tatbestand und Rechtsfolge offen ausgestaltet sein⁹.

Es kann hier keine Typologie der Unbestimmtheit entworfen werden. Zusammenfassend ist lediglich festzuhalten, dass sachbedingte Schwierigkeiten die Offenheit eines Rechtssatzes verursachen. Der Rechtssetzer sollte bewusst und begründet dem Rechtsanwender eine Entscheidungsmarge zuweisen.

Ziel dieser Arbeit ist es, den sich bei offenen Normen abwickelnden Konkretisierungsprozess zu durchleuchten und aufzuzeigen, welche Wege das Vollzugsorgan bei der Entscheidungsfindung einschlägt. Dazu werden zunächst die theoretischen Grundlagen bezüglich der Handhabung offener Normen dargestellt, um daran anschliessend den praktischen Umgang mit der Offenheit zu analysieren. In einem letzten Kapitel sind Theorie und Praxis zu würdigen.

Die praktische Analyse bezieht sich auf ausgewählte, im weitesten Sinne wirtschaftspolitische Bewilligungen, wodurch das Blickfeld sachbedingt etwas eingeschränkt wird. Es handelt sich jeweils um Entscheidungsprozesse, die sich innerhalb der Bundesverwaltung auf der Stufe der ersten Instanz abwickeln.

9 Zäch, Formulierung, 277 ff.

I. KAPITEL

Unbestimmter Gesetzesbegriff und Ermessen in der Theorie

§ 1 Funktionen des Gesetzes*

I. Gesetz als rechtsstaatliche Garantie und Verwirklichung des demokratischen Willens

Die Beurteilung von bestimmten bzw. unbestimmten Normen wirkt sich aus auf das Verhältnis zwischen Rechtssetzer und Rechtsanwender, im Wirtschaftsverwaltungsrecht vor allem auf die Beziehung von Gesetzgeber und Verwaltung. Grundsätzlich ist die Verwaltung durch das Legalitätsprinzip gebunden, das in den beiden Prinzipien "Vorrang" und "Vorbehalt des Gesetzes" seinen Ausdruck findet¹. Der Vorrang des Gesetzes – "kein Rechtssatz darf einem ranghöheren Rechtssatz, keine Verfügung einem gültigen Rechtssatz widersprechen" – ist in der Lehre allgemein anerkannt². Für die Frage nach der Dichte der Rechtsnormen steht der Grundsatz des Gesetzesvorbehalts im Vordergrund. Er besagt, dass die Begründung von Rechten und Pflichten nur durch einen Rechtssatz erfolgen darf, wobei die wesentlichen Gesichtspunkte in einem Gesetz zu verankern sind³.

A. Geltungsbereich des Gesetzesvorbehalts

Wie umfassend der Vorbehalt des Gesetzes gilt, ist umstritten. Unter dem Einfluss der "Reinen Rechtslehre" wurde zum Teil ein allseitiger Gesetzesvorbehalt für jedes Handeln der Verwaltung gefordert. Dadurch schütze das Gesetz den einzelnen in seiner Individualsphäre umfassend. Die gesetzliche Ermächtigung wird auch für die Leistungsverwaltung gefordert. Diese Lehre macht grundsätzlich keinen Unterschied zwischen eingreifender und gewährender, leistender Verwaltung⁴.

Auf der anderen Seite wird die strenge Bindung an das Gesetz nur für die in die Freiheit oder das Eigentum eingreifende Verwaltung verlangt. Diese Lehrmeinung

* Es handelt sich hier um einen kurzen Hinweis auf das Problem der Funktionen des Gesetzes; vgl. dazu die Abhandlung von Scheuner, Gesetz als Auftrag.

1 Imboden/Rhinow, Nr. 59 B I a.

2 Imboden/Rhinow, Nr. 59 B I a.

3 Imboden/Rhinow, Nr. 59 B I b.

4 Scheuner, Gesetz als Auftrag, 587. Der totale Gesetzesvorbehalt wird vor allem von Jesch, Gesetz, 204 ff., und Mallmann, Schranken, 188 ff., vertreten.

anerkennt die selbständige Funktion der Verwaltung, die gestaltender und planender Natur ist und sich nicht auf den blossen Gesetzesvollzug beschränkt. Es werden die Grenzen des Gesetzes betont⁵.

Sicherlich ist je nach Tätigkeitsgebiet der schöpferische Freiraum verschieden, den die Verwaltung zur Bewältigung ihrer Aufgabe benötigt. Dieser Bereich kann ihr aber auch ohne Verzicht auf den umfassenden Gesetzesvorbehalt gewährt werden. Das Postulat des Totalvorbehalts zwingt nicht zu einer völligen "Durchnormierung" des staatlichen Handelns⁶. Eine differenzierte Normierungsdichte je nach der zu regelnden Materie schafft der Verwaltung den notwendigen Entscheidungsfreiraum. Dagegen ist die in früheren Zeiten betonte "Eigenausrichtung" der Verwaltung abzulehnen. Sie wird der Verankerung des Verwaltungshandelns in der demokratisch legitimierten Gesetzgebung nicht gerecht⁷. Zur Beschränkung des Bereichs selbständigen Handelns der Verwaltung hat auch der Ausbau der Ermessensüberprüfung beigetragen. Der Gehalt der Grundrechte und der allgemeinen Rechtsgrundsätze wird in den Vollzug der Gesetzesaufträge einbezogen. Dies gilt vor allem für die Berücksichtigung der Rechtsgleichheit und der Verhältnismässigkeit bei der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe und bei Ermessensentscheiden⁸.

B. Einfluss der veränderten Staatsaufgaben auf die Funktion des Gesetzes

Die Rolle der Gesetzgebung ist abhängig von der Aufgabe des Staates. Es besteht kein apriorischer Begriff des Gesetzes, der für immer und für jede Staatsform seine Geltung hat⁹. Die veränderten Staatsaufgaben haben sich auch auf die Funktion des Gesetzes ausgewirkt. Im liberalen Rechtsstaat stand der Schutz des Bürgers vor staatlichen Übergriffen im Vordergrund¹⁰. Heute tritt der Staat ausserdem ordnend und helfend für den Bürger ein. Er hat sich zum Sozial- und Leistungsstaat entwickelt¹¹. Er tritt wirtschaftslenkend auf, sorgt für Bildung und Krankenpflege usw. Das Tätigwerden in diesen Bereichen berührt die Lebenspositionen der Bürger wesentlich, ja greift in sie ein. Der Umfang der gesetzlichen Grundlage für das Verwaltungshandeln soll von der Schwere dieser Eingriffe in die Positionen der Individuen abhängig sein¹². Das Gesetz stellt im Wohlfahrtsstaat den Ort dar, wo

5 Scheuner, Gesetz als Auftrag, 587; Peters, Verwaltung, 206 ff., vertritt sehr deutlich die Lehre vom beschränkten Vorbehalt.

6 G. Müller, Inhalt, 77; Peters, Verwaltung, 216, befürchtet, von einem umfassenden Gesetzesvorbehalt könnte eine Gesetzesinflation ausgehen.

7 Scheuner, Gesetz als Auftrag, 589.

8 Vgl. z.B. BGE 104 Ib 113 ff., 104 Ia 201 ff.

9 Scheuner, Funktion des Gesetzes, 128.

10 Roos, Grundsatz, 121.

11 G. Müller, Inhalt, 71.

12 Scheuner, Gesetz als Auftrag, 589.

ein Interessenausgleich erzielt und die "aktuelle Staatsleitung" bestimmt wird¹³. Es übernimmt zunehmend die Funktion eines Mittlers gesellschaftlicher Positionen und dient als Werkzeug wechselnder politischer Intentionen¹⁴.

Die Verwaltung ist dabei aufgerufen, mitzugestalten und Gesetze ergänzend zu konkretisieren. Gerade bei der wirtschaftslenkenden und -planenden Staatstätigkeit bedürfen die Gesetze der Ergänzung und Verdeutlichung durch die Verwaltung. Die unterschiedliche Dichte der gesetzlichen Normen – z.B. im Bereich der unbestimmten Gesetzesbegriffe und des Ermessens – erlaubt ein fallweises, der konkreten Situation je angepasstes Mitwirken.

C. Verwaltungshandeln stützt sich auf Gesetze

Die Hauptfunktionen des Gesetzes als Grundlage für die Verwaltungstätigkeit sind: Ermächtigung, Schranke und Auftrag¹⁵. In einem Gemeinwesen wie der Schweiz, wo das demokratische Prinzip grundlegende Bedeutung hat, bleibt kein Platz für Verwaltungshandeln ausserhalb einer gesetzlichen Grundlage¹⁶.

Der Vorbehalt des Gesetzes ist ein umfassender; alle wichtigen Entscheidungen sind im Gesetzgebungsverfahren zu fällen¹⁷. Die rechtsstaatlichen Anforderungen an das Gesetz sollen damit nicht geleugnet werden. Es tritt jedoch eine demokratische Funktion hinzu, die das Prinzip des Gesetzesvorbehalts auf alle Gebiete der Staatstätigkeit ausdehnt und nicht bei den Eingriffen in Freiheit und Eigentum haltmacht. Liesse man der leistenden und gewährenden Verwaltung völlig freie Hand, käme dies einem Machtverlust des Parlaments gleich. Die grundlegenden und wegweisenden Entscheidungen ergingen nicht mehr in Gesetzesform¹⁸.

In der schweizerischen Lehre wird allgemein ein totaler Gesetzesvorbehalt befürwortet¹⁹. Das Bundesgericht hat in BGE 103 I 380 ff. den Gesetzesvorbehalt auf die leistungsgewährende Verwaltung ausgedehnt. Es folgt dabei der bisherigen Kritik der schweizerischen Lehre am auf die Eingriffsverwaltung beschränkten Vorbehalt. Die Änderung der Rechtsprechung begründet es einerseits mit der demokratischen Staatsauffassung in der Bundesverfassung, und andererseits stellt es fest,

13 Scheuner, Gesetz als Auftrag, 590.

14 Scheuner, Gesetz als Auftrag, 590.

15 Scheuner, Gesetz als Auftrag, 591.

16 G. Müller, Inhalt, 73; Jezler, Grundsatz, 105 ff.; vgl. auch Scheuner, Funktion des Gesetzes, 134. Weigel, Beurteilungsspielraum, 46 ff., rechtfertigt die Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts auf die Leistungsverwaltung mit dem Verfassungsgrundsatz "alle Staatsgewalt geht vom Volke aus".

17 G. Müller, Inhalt, 75; bereits Jesch, Gesetz, 209 ff., trat für einen totalen Vorbehalt ein.

18 G. Müller, Inhalt, 73.

19 Vgl. z.B. Giacometti, Allgemeine Lehren, 16 ff., 251 f.; Roos, Grundsatz, 130 f.; Imboden, Gesetz, 29 f. Germann, Rechtsfindung, 126 ff., spricht sich auch für einen Totalvorbehalt aus. Er weist aber darauf hin, dass der immense Bereich der öffentlichen Verwaltung kaum abschliessend vom formellen Gesetz erfasst werden kann.

dass die leistungsgewährende Verwaltung an Intensität und Umfang zugenommen habe und “Eingriffe und Leistung in einem solchen Korrelationsverhältnis stehen, dass das Konzept des Eingriffs, je mehr sich die Intervention der öffentlichen Gewalt in allen Gebieten des täglichen Lebens aufdrängt, kein taugliches Unterscheidungsmerkmal mehr darstellt”. Weiter weist es auf die Leistungsverwaltung als Voraussetzung für die “tatsächliche Inanspruchnahme und die freie Entfaltung der in der Verfassung gewährleisteten Grundrechte” hin.

II. Gesetz und Verwirklichung der Rechtsgleichheit

A. Gesetz als Garant der Rechtsgleichheit

Neben der demokratisch legitimierenden ist als Aspekt der rechtsstaatlichen Funktion des Gesetzes auch dessen Beitrag zur Gewährleistung von Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit zu untersuchen.

Schaumann²⁰ sieht die Bedeutung der rechtsgleichen Wirkung des Gesetzes vor allem im Zusammenhang mit der Geltendmachung eines Anspruchs auf staatliche Leistungen. Der Verfassungsgrundsatz der Rechtsgleichheit allein genüge kaum, um einen Anspruch durchzusetzen. Erst die Verankerung im Gesetz führe zu einer – wenn auch nicht absolut gesicherten – rechtsgleichen Erbringung der Leistung.

Die allgemeine Norm allein ist dabei aber kein absolut sicherer Garant der Rechtsgleichheit. Es besteht keine logische Korrelation zwischen Rechtssatz und Verwirklichung der Rechtsgleichheit. “Die Allgemeinheit der Regelung vermag die Rechtsgleichheit nicht zu garantieren, da Gleichheit im Rechtssinn immer eine Frage des erkenntnisleitenden Interesses ist”²¹. Ein Rechtssatz behandelt gewisse Sachverhalte unter bestimmten Aspekten gleich, lässt aber notwendigerweise andere Kriterien unberücksichtigt, die unter Umständen gerade zu einer Ungleichbehandlung führen müssten. Die rechtsgleiche Behandlung ist relativ. Eine Norm genügt also nicht allein aufgrund ihrer Allgemeinheit den Anforderungen der Rechtsgleichheit²².

Weber-Dürler²³ sieht sogar in der Allgemeinheit des Rechtssatzes keine notwendige Voraussetzung für die Verwirklichung einer rechtsgleichen Behandlung. Sowohl das Individualgesetz als auch die unmittelbare Rechtsanwendung ohne nähere Bestimmung durch einen Rechtssatz – anzutreffen bei der Rechtsanwendung aufgrund von Generalklauseln – ermöglichten die Verwirklichung der Rechtsgleichheit, vorausgesetzt, dass die – hier nur gedachte – allgemeine Norm, nach der

20 Schaumann, Gleichheit, 725 ff.

21 Rhinow, Rechtsetzung, 230.

22 Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, 40 ff.

23 Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, 42 f.

sich der Rechtsanwender richtet, der Rechtsgleichheit entspricht²⁴. Bei der unmittelbaren Rechtsanwendung geht m.E. für spätere Fälle eine rechtsgleiche Wirkung von der nur gedachten allgemeinen Norm, aber ebenso sehr auch von dem gesetzten Einzelakt aus. Das den Einzelfall Transzendierende ist im Allgemeinen verwurzelt. Es muss sich unter dem Gebot der Rechtsgleichheit in späteren Fällen wieder verwirklichen²⁵.

Wenn der Rechtssatz auch keine Garantie für die gerechte Gleichbehandlung geben und wenn die auf eine nur gedachte Norm sich stützende Einzelfallgerechtigkeit ebenso das Gleichheitsprinzip verwirklichen kann, ist die Wahrscheinlichkeit einer rechtsgleichen Behandlung bei einer sich auf einen Rechtssatz gründenden Praxis dennoch höher als bei Fehlen einer allgemeinen Norm.

B. Bedeutung der Allgemeinheit, Abstraktheit und Dauer für die Rechtsgleichheit

Allgemeinheit, Abstraktheit und Dauer – Aspekte des Gesetzes – stehen in innerer Beziehung zur Rechtsgleichheit. In der Allgemeinheit der Rechtssätze äussert sich der Wille des Gesetzgebers, bestimmte Sachverhalte zusammenzufassen und für sie die gleichen Rechtsfolgen vorzusehen. Es wird die Gleichheit bestimmter Merkmale betont unter Negierung anderer Aspekte. Die Kategorisierung bei der allgemeinen Erfassung der Sachverhalte stellt das Gleiche in den Vordergrund²⁶. Dabei ist aber nicht zu übersehen, dass dies – wie oben ausgeführt – nicht notwendigerweise die “gerechte” Gleichbehandlung verbürgt.

Die Abstraktheit führt zu denselben Ergebnissen wie die Allgemeinheit. Sie fördert die Gleichbehandlung, wo eine Ad-hoc-Entscheidung Gefahr läuft, den gemeinsamen Massstab aus den Augen zu verlieren, an dem die Sachverhalte zu messen sind. Dies droht vor allem dann, wenn die Beurteilungen zeitlich auseinanderfallen oder verschiedene, voneinander unabhängige Organe zu entscheiden haben²⁷. Das den Massstab setzende Gesetz kann deshalb nicht durch die Bindung der rechtsanwendenden Behörde an ihre Entscheide – gegründet auf dem Gleichheitssatz – ersetzt werden. Das Gesetz allein macht eine generelle Aussage darüber, wann etwas gleich behandelt und wann differenziert werden soll.

Genauso legt das Gesetz aufgrund seiner Dauerhaftigkeit den Massstab über die Zeit eines Amtsträgers hinweg fest. Es sorgt über Generationen für die Einheit der Rechtsanwendung. Die Allgemeinheit des Gesetzes gewährleistet die Gleichheit in der räumlichen und persönlichen Geltung; die Dauer des Gesetzes erstreckt sie auch auf die Geltung in der Zeit. Rhinow²⁸ sieht in der Allgemeineitsforderung

24 Weber-Dürler, Rechtsgleichheit, 43.

25 Vgl. Rhinow, Rechtsetzung, 230.

26 Schaumann, Gleichheit, 722.

27 Schaumann, Gleichheit, 723.

28 Rhinow, Rechtsetzung, 229.

einen Teilgehalt des Gleichheitsgebotes. Die Rechtsgleichheit verlangt eine Ausrichtung auf das Allgemeine. Diese Ausrichtung ist aber nicht nur beim generell abstrakten Rechtssatz, sondern auch bei Einzelentscheiden geboten.

III. Gesetz und Rechtssicherheit

Neben der Rechtsgleichheit dient das Gesetz, ja jeder schriftlich und im rechtsgültigen Verfahren niedergelegte Rechtssatz, auch der Rechtssicherheit. Auf relative Dauer und Verbindlichkeit angelegt, macht er als generell abstrakte Regelung zahlreicher in der Zukunft liegender Fälle Verhalten in grösserem Umfange erwartbar²⁹. Seine Abstraktheit lässt Entscheide berechenbar werden. Er regelt durch einen einzigen Entscheid eine Vielzahl von Fällen und verringert damit die Entscheidungslast. Bereits Entschiedenes wird rationalisiert und stabilisiert.

Voraussetzung ist jedoch, dass allgemein erkennbar ist, welche Fälle vom Gesetz erfasst und wie diese geregelt werden. Dazu sind Tatbestandsvollständigkeit, semantische Eindeutigkeit und Systematik notwendig³⁰. Die Qualität des Rechtssatzes ist ein wesentlicher Faktor für die Rechtssicherheit³¹. Widerspruchslosigkeit und Bestimmtheit sind von grundlegender Bedeutung.

Aber nicht nur die Rechtssetzungsform, die Schriftlichkeit, gewährt eine bessere Erkenntnissicherheit, sondern auch das Rechtssetzungsverfahren trägt dazu bei³². Das Gesetzgebungsverfahren verlangt eine Auseinandersetzung mit dem zu schaffenden Recht. Expertenkommissionen, parlamentarische Kommissionen, das Parlament und letztlich auch das Volk müssen sich mit den zu fällenden Entscheidungen beschäftigen. Die breite Diskussion führt gleichzeitig zu einer gewissen Publizität der Probleme und Lösungen, was wiederum das Wissen um das gesetzte Recht erhöht.

IV. Anforderungen an die Bestimmtheit des Gesetzes

Das Gesetz erfüllt seine Funktionen – sowohl die rechtsstaatliche als auch die demokratische – nur bei einem gewissen Bestimmtheitsgrad der einzelnen Normen. Ein völliges Offenlassen jeglicher Entscheidung durch in hohem Grad unbestimmte Regelungen würde zur Entleerung des Legalitätsprinzips führen³³.

29 G. Müller, Inhalt, 83.

30 Schweizer, Rechtssicherheit, 178.

31 Schweizer, Rechtssicherheit, 179.

32 Schweizer, Rechtssicherheit, 183 f.

33 Dubs, optimale Bestimmtheit, 225.

Einen Massstab für die minimalen Bestimmtheitsanforderungen an eine Norm stellen aber weder Lehre noch Rechtsprechung auf. Müller³⁴ verlangt, dass alle wichtigen Entscheide im Gesetz verankert werden, was bedeutet, dass die Unbestimmtheit nicht so weit gehen darf, dass das Gesetz gar keine Entscheidungen mehr fällt. Wann dies zutrifft, ist damit aber noch nicht geklärt. Das Problem des notwendigen Konkretisierungsgrades der gesetzlichen Entscheidungen bleibt bestehen.

Zur Lösung der Frage der Wichtigkeit einer Entscheidung stellt Müller einen Katalog von Kriterien auf³⁵. Die Forderung, die wesentlichen Entscheide im Gesetz festzuhalten, sowie die Funktionen des Gesetzes geben gewisse Anhaltspunkte bezüglich der geforderten Bestimmtheit. Sie bleibt aber letztlich immer eine Frage des Masses.

Es stehen sich bei jedem Erlass verschiedene verfassungsrechtliche Gerechtigkeitspostulate gegenüber wie Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit, Dauerhaftigkeit, Billigkeit bzw. Einzelfallgerechtigkeit. Während die Rechtsgleichheit und die Rechtssicherheit zu möglichst bestimmten Regelungen tendieren, rufen die Dauerhaftigkeit und das Gebot der Einzelfallgerechtigkeit nach eher offenen Normen. Diese verschiedenen Tendenzen sollen entsprechend der zu regelnden Materie harmonisiert werden. Je nach Sachgebiet kann eine grössere oder kleinere Bestimmtheit erreicht werden³⁶. Dabei ist auch die eigenständige Aufgabe der Exekutive sowie der Judikative zu berücksichtigen. Die Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgeber und Gesetzesvollzieher darf nicht generell zu Lasten der Legislative entschieden werden. Nicht ein Maximum, sondern ein Optimum an Bestimmtheit soll verwirklicht werden³⁷.

Der Grad der Bestimmtheit soll dabei primär von der dem Rechtsanwender bzw. dem Gesetzgeber zuerkannten Funktion abhängig sein. Auch Dubs³⁸ betont, Unbestimmtheit sei "nur mit der Unmöglichkeit, alle determinierenden Wertungskomponenten in einem praktikablen Rechtssatz zu fixieren, und mit der Notwendigkeit, der das Gesetz anwendenden Instanz eine mehr oder weniger grosse Entscheidungsmarge einzuräumen", zu begründen. Die Unbestimmtheit der Norm muss sachlich begründet sein.

Es kann hier nicht der Ort sein, die Problematik der notwendigen Bestimmtheit zu vertiefen; es soll lediglich auf sie hingewiesen werden³⁹. Fest steht, dass Gesetze mehr oder weniger bestimmte Regelungen enthalten, denen sich der Interpret gegenübergestellt sieht. Im folgenden ist der Bedeutung der Unbestimmtheit für den

34 G. Müller, Inhalt, 71 ff.; vgl. auch Scheuner, Funktion des Gesetzes, 134; BVerfGE Bd. 49, Nr. 6, S. 126 f.; Geitmann, Bundesverfassungsgericht, 133.

35 G. Müller, Inhalt, 110 ff.

36 Dubs, optimale Bestimmtheit, 241.

37 Geitmann, Bundesverfassungsgericht, 90, 116 f.

38 Dubs, optimale Bestimmtheit, 242 f.

39 Vgl. zur Schwierigkeit, den Bestimmtheitsgrad festzusetzen, Geitmann, Bundesverfassungsgericht, 35 ff., 91 ff.

Rechtsanwender näher nachzugehen, der in der Bindung an die Rechtsordnung konkretes Recht setzt und so zur Verwirklichung der Funktionen des Gesetzes beiträgt.

§ 2 Rechtsanwendung

I. Allgemeines

Der Rechtsanwender – Verwaltung und Richter – ist aufgerufen, das *hic et nunc* richtige Recht zu finden¹. Er steht dabei einem Sachverhalt und verschiedenen möglichen Rechtsnormen gegenüber. Es stellen sich für ihn Probleme des Erkennens und des Entscheidens. Erkannt werden müssen “die getroffenen Wertungen des (historischen) Gesetzgebers und ... die Präjudizien” sowie “die allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen, soziale Normen sowie tatsächliche Gepflogenheiten (Sitten) und Zusammenhänge, die für die Konkretisierung in unterschiedlicher Weise relevant sind”².

Interpretation bedarf sowohl der Erkenntnis als auch “ergänzender, wertender, abschliessender Entscheidung”³. Der Rechtsanwender, insbesondere der Richter, steht in sachlicher und zeitlicher Hinsicht unter dem Zwang zu entscheiden⁴. Verzichtet er dabei auf Erkenntnis, so verfällt er einem Subjektivismus, der Normativität und Vorgegebenheit negiert. Jede Konkretisierung verlangt eine den Rechtsgewinnungsvorgang abschliessende Entscheidung, mit der neues Recht geschaffen wird⁵. “Normkonkretisierung ist folglich nicht nur Rechts‘anwendung’, sondern auch Recht‘setzung’, indem durch ‘schöpferische’, d.h. erkennende und entscheidende Festlegung verbindlich geltendes Recht produziert wird”⁶.

II. Die schweizerische Lehre zur Rechtsanwendung

Die traditionelle schweizerische Doktrin geht bei der Rechtsanwendung von drei verschiedenen Gegebenheiten aus: Das Gesetz wird aufgrund der Auslegung angewandt; es bedarf zu seiner Anwendung der Lückenfüllung, oder es ist gar eine Normberichtigung notwendig. Diese drei Vorgänge sollen sich in qualitativer Hinsicht unterscheiden.

Auslegung als wertkritische Tätigkeit, die sich auf das Gesetz bezieht⁷, sei, wie Germann meint, erst dann notwendig, wenn Zweifel über den Geltungsbereich der Rechtssätze entstehen. Der Rechtsanwender müsse die Entscheidung ermitteln, die

1 Das *hic et nunc* Richtige, nicht im Sinne der Freirechtsschule, sondern das richtige Recht entsprechend der normativen Ordnung.

2 Rhinow, *Rechtsetzung*, 164 f.

3 Rhinow, *Rechtsetzung*, 164 f.

4 Meier-Hayoz, *Aspekte*, 417.

5 Rhinow, *Rechtsetzung*, 175 f.

6 Rhinow, *Rechtsetzung*, 176; Meier-Hayoz, *Aspekte*, 417 ff.

7 Rhinow, *Rechtsetzung*, 32.

dem Gesetz zugrunde liegt, im konkreten Fall aber nicht direkt erfassbar sei⁸. Meier-Hayoz sieht in der Auslegung im Gegensatz zur Lückenfüllung, die ein volitiver Akt sei, kognitive Elemente⁹.

Eine Lücke, die der Richter *modo legislatoris* zu füllen habe, liegt dort vor, wo im positiven Recht mittels Auslegung keine Bestimmung ermittelt werden könne. Hier trete neben die Auslegung *secundum legem* die Rechtsfortbildung *praeter legem*¹⁰. Der Richter füge einen Rechtssatz in das bestehende Ganze ein. Er sei dabei an die bereits vorliegenden Rechtsregeln gebunden, was ihn vom Gesetzgeber unterscheide¹¹.

Eine Lücke – so Germann¹² – habe der Rechtsanwender jedoch nicht einfach anzunehmen, sondern sie müsse sich aus der sinngemässen Auslegung der Normen ergeben. Bei der Feststellung von Lücken dürften den Richter keine rechts- oder legislativpolitischen Überlegungen lenken. Die Wertungen des Gesetzes müssten den Rechtsfindungsprozess beherrschen¹³. Auch dem Gesetz immanente Wertungen, die der Rechtsanwender nicht billigt, habe er zu konkretisieren. Die Versuchung, in solchen Fällen eine Lücke anzunehmen, sei gross, widerspräche aber dem Gesetzmässigkeitsprinzip¹⁴.

8 Germann, Rechtsfindung, 58 ff.; Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 132 ff.

9 Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 137. Neuerdings anerkennt Meier-Hayoz, Aspekte, 419, ein schöpferisches Element in der Auslegung.

10 Rhinow, Rechtsetzung, 33.

11 Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 344.

12 Germann, Rechtsfindung, 116.

13 Germann, Rechtsfindung, 117.

14 Germann, Rechtsfindung, 117, 340.

§ 3 Unbestimmter Gesetzesbegriff und Ermessen

I. Allgemeine Ausführungen

Durch unbestimmte Gesetzesbegriffe erfährt das Gesetz eine vom Gesetzgeber gewollte Offenheit¹. Planwidrig dagegen entstehen Unklarheiten². Beide Arten der Offenheit zählen in der schweizerischen Lehre zu den Lücken, wobei zwischen Lücken *intra legem* und *extra legem* sowie echten und unechten Lücken unterschieden wird³. Unbestimmte Gesetzesbegriffe wären – folgte man dieser Lehre – zu den Lücken *intra legem* zu rechnen⁴. Die Offenheit kann also bewusst oder unbewusst bestehen, was besagt, ob ein Wille seitens des Gesetzgebers zur Delegation des Entscheides an den Rechtsanwender bestand oder ob sich ohne gesetzgeberischen Willen für den Rechtsanwender eine Pflicht ergibt, eine unvollkommene Norm anwendungsreif zu machen. Die von Geitmann getroffene Unterscheidung zwischen plankonformer und planwidriger Offenheit trägt jedoch kaum etwas zum Erkenntniswert der anzuwendenden Norm bei, insbesondere dort nicht, wo der gesetzgeberische Plan unauffindbar ist oder wo eine plankonforme Bestimmtheit durch faktische Veränderungen verlorengeht⁵. Die Bedeutung der Theorie Geitmanns liegt dagegen in der Anerkennung von Ermächtigungselementen bei unbestimmten Gesetzesbegriffen sowie beim Ermessen⁶. Je bestimmter eine Norm ist, um so geringer ist die Entscheidungsfreiheit der rechtsanwendenden Behörde. Bestimmtheit und Unbestimmtheit gehen gleitend ineinander über. Die Frage der Bestimmtheit ist ein quantitatives Problem. Es besteht immer nur eine relative Bestimmtheit bzw. Unbestimmtheit⁷. Ordnet der Rechtssetzer eine Materie lediglich punktuell, mit offenen Normen (unbestimmten Gesetzesbegriffen und Ermessensermächtigungen), so überlässt er dadurch die konkrete Entscheidung weitgehend dem Rechtsanwender⁸. Der eigene Wertungsanteil des Rechtsanwenders wurde jedoch zumeist nur beim Ermessen anerkannt⁹.

1 Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 304 f., siedelt die unbestimmten Gesetzesbegriffe zwischen auslegungsbedürftigen Begriffen und der Lückenfüllung an.

2 Geitmann, Bundesverfassungsgericht, 48 ff.

3 Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 262 ff.; Häfelin, Lückenfüllung, 91 f., der jedoch auf die Unterscheidung zwischen echten und unechten Lücken zu Recht verzichtet (99 f.).

4 Germann, Rechtsfindung, 120.

5 Rhinow, Rechtsetzung, 51.

6 Vgl. Geitmann, Bundesverfassungsgericht, 51 ff.

7 Geitmann, Bundesverfassungsgericht, 25; Ehmke, Ermessen, 29.

8 G. Müller, Inhalt, 87.

9 Rhinow, Rechtsetzung, 70.

II. Der unbestimmte Gesetzesbegriff

Die unbestimmten Gesetzesbegriffe werden häufig in empirische bzw. deskriptive und normative bzw. wertausfüllungsbedürftige Begriffe unterteilt. Die Übergänge sind auch hier – wie schon vom bestimmten zum unbestimmten Begriff – fließend¹⁰. Deskriptive Begriffe sind schlichte Erfahrungsbegriffe, die allerdings wertbezogen sein können, d.h., ihr Inhalt und Umfang werden von der Rechtsnorm her bestimmt. Normative Begriffe können dagegen ohne Wertung, der unvermeidbar subjektive Elemente innewohnen, nicht angewandt werden. Der normative Umfang muss immer wieder von neuem abgesteckt werden.

Die empirischen Begriffe werfen, wie Erichsen glaubt, noch keine spezifischen Auslegungsprobleme auf. Erst deren Anwendung, insbesondere in Verbindung mit Prognoseentscheidungen, lässt es oft an eindeutigen Ergebnissen fehlen. Bei normativen Begriffen führt bereits die Auslegung zu Unsicherheiten¹¹. In diesem Zusammenhang hat Philipp Heck von einem Begriffskern und einem zu den Rändern hin immer diffuser werdenden Begriffshof gesprochen¹². Eine klare Gewichtung ist um so schwieriger, je weniger eine übereinstimmende allgemeine Wertvorstellung bezüglich eines Problemkreises in der Gesellschaft vorherrscht. Diese scharfe Trennung zwischen Auslegung und Anwendung, wie sie Erichsen trifft, ist m.E. kaum zu verwirklichen, da die Konkretisierung einer Norm, sei sie nun bestimmt oder unbestimmt, ohnehin erst im Laufe ihrer Anwendung erfolgt.

Allgemein zeigt sich, dass es unbestimmten Gesetzesbegriffen in hohem Masse an Eindeutigkeit mangelt. In der Vagheit der unbestimmten Begriffe liegt das Hauptproblem für den Rechtsanwender¹³. Dabei ist Mehrdeutigkeit von Unbestimmtheit zu unterscheiden. Mehrdeutigkeit besagt: Ein sprachliches Zeichen drückt je nach seinem Kontext verschiedene Eigenschaften aus. Unbestimmtheit heisst: Die durch das sprachliche Zeichen ausgedrückte Eigenschaft kann einem Objekt weder zu- noch abgesprochen werden.

Bereits Jellinek¹⁴ wies darauf hin, dass der bestimmte Begriff eine einzige Grenze aufweise, die ein sicheres Urteil über die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit eines Faktums zu einem Begriff ermögliche. Der unbestimmte Begriff aber besitze zwei Grenzen. Sicher sei auszumachen, welche Erscheinungen unter einen Begriff fallen und welche nicht, dazwischen liege die Grauzone der blossen Möglichkeit. So entstehen die Sphären positiver und negativer Gewissheit und diejenige des möglichen Zweifels. Koch¹⁵ nimmt eine entsprechende Einteilung vor, wenn er erklärt, es bestünden Sachverhalte, die unzweifelhaft unter den Begriff fallen

10 Erichsen, in: Erichsen/Martens, 152; Bachof, Beurteilungsspielraum, 99 f., der zwischen Wertbegriffen und Erfahrungsbegriffen unterscheidet; Engisch, Einführung, 109 ff.

11 Erichsen, in: Erichsen/Martens, Verwaltungsrecht, 152 f.

12 Heck, AcP 1914, Bd. 112, 173.

13 Koch, Rechtsbegriffe, 29 ff.

14 Jellinek, Gesetz, 37 f.

15 Koch, Rechtsbegriffe, 33 ff.

(positive Kandidaten), und solche, die sicher nicht darunterfallen (negative Kandidaten). Dazwischen liegen Gegenstände, bei denen nicht entschieden werden kann, ob sie unter den Begriff einzuordnen sind oder nicht. Sie nennt er neutrale Kandidaten. Die Schwierigkeit der Anwendung von Normen mit unbestimmten Begriffen liegt bei diesen neutralen Kandidaten. Semantisch betrachtet, kann betreffend diese Kandidaten über die Anwendbarkeit der Norm nicht entschieden werden. Bei den unbestimmten Begriffen führt im Vagheitsbereich der Wortsinn nicht weiter, ein relevanter Wortsinn fehlt geradezu. Die Auslegung nach dem Wortsinn bildet lediglich den Rahmen¹⁶, innerhalb dessen andere Auslegungsmethoden eventuell weiterführen können.

III. Das Ermessen

Ermessen bedeutet für die Verwaltung einen Bereich eigenverantwortlicher Entscheidung. Das "Ob" und/oder das "Wie" ihres Tätigwerdens unter bestimmten Voraussetzungen ist ihr dabei freigestellt. Man unterscheidet zwischen Auswahlermessen (es kann zwischen verschiedenen zulässigen Massnahmen gewählt werden) und Entschliessungsermessen (der Verwaltungsbehörde steht es offen, ob sie eine gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge setzen will)¹⁷.

Das Ermessen ist durch den Rechtssatz nicht determiniert, es wird lediglich durch den Umfang der gesetzlichen Ermächtigung, d.h. durch den Tatbestand, eingegrenzt¹⁸. Der Rechtssetzer räumt der Verwaltung aber auch innerhalb dieses Rahmens kein völlig freies Ermessen ein, sondern der Rechtsanwender ist an rechtliche Prinzipien gebunden und hat sein Ermessen pflichtgemäss auszuüben¹⁹.

Pflichtgemässe Ausübung bedeutet, dass das Ermessen auf den Sinn und Zweck der rechtlichen Ordnung auszurichten ist. Die das Ermessen handhabende Behörde darf sich nicht in Widerspruch zur gesetzlichen Ermächtigung stellen²⁰. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze wie das Gebot von Treu und Glauben, das Willkürverbot und das Rechtsgleichheitsprinzip sowie der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wirken sich bestimmend auf das Ermessen aus²¹. Verletzt ein Ermessensentscheid diese allgemeinen Rechtsprinzipien, so liegt ein Rechtsfehler vor²². Dieser Fehler kann in einem Ermessensmissbrauch, einer Ermessensüberschreitung oder einer Ermessensunterschreitung bestehen.

16 Koch, Rechtsbegriffe, 71.

17 Erichsen/Martens, 156; Rhinow, Rechtsetzung, 58.

18 Rhinow, Rechtsetzung, 58.

19 Imboden/Rhinow, Nr. 67, S. 415 ff.

20 Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 312 f.

21 Imboden/Rhinow, Nr. 67, S. 416 f.

22 Imboden/Rhinow, Nr. 67, S. 417; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 313 ff.

Beim Ermessensmissbrauch hält sich das entscheidende Organ an keinerlei Grundsätze und entscheidet rechtsungleich oder nach sachfremden oder unsachlichen Motiven. Damit verkennt es die wesentlichen Gesichtspunkte, womit sein Entscheid willkürlich ausfällt. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze werden beim Ermessensmissbrauch regelmässig verletzt²³. Eine Behörde überschreitet dagegen das Ermessen, wenn sie es walten lässt, wo das Gesetz keines vorsieht, oder wenn sie eine Rechtsfolge setzt, die nicht zur Wahl steht. Ermessensüberschreitung bedeutet eine konkrete Gesetzesverletzung. Das Ermessen wird unterschritten, wenn sich der Rechtsanwender gebunden glaubt, obwohl ihm Ermessen, ein Entscheiden und Handeln entsprechend der Einzelfallgerechtigkeit zustehen²⁴. Die allgemeinen Rechtsprinzipien können im konkreten Fall die rechtsanwendende Behörde so sehr binden, dass nur noch ein einziger Entscheid rechtmässig ist und jede andere Lösung fehlerhaft wäre²⁵. In diesen Fällen tritt eine Ermessensschrumpfung ein.

23 Imboden/Rhinow, Nr. 67, S. 417; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 310 ff.

24 Imboden/Rhinow, Nr. 67, S. 417; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 313 f.

25 Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 314.

§ 4 Auslegung – Rechtsfindung – Rechtskonkretisierung

Das Verständnis von unbestimmtem Gesetzesbegriff und Ermessen ist weitgehend von der Beurteilung des Erkenntnisaktes bei der Auslegung bzw. bei der Rechtsfortbildung abhängig.

I. Auslegung und Lückenfüllung in der traditionellen Lehre

A. *Das Wesen der Auslegung*

Die Auslegung dient dazu, den Sinn zu ermitteln, der hinter den Normen steht. Sie ist wegen der Unvollkommenheit der Sprache und ihrer Mehrdeutigkeit erforderlich. Die klassische Auslegungstheorie ging von der Annahme aus, es bestehe ein einziger wirklicher Sinn und somit sei nur eine einzige richtige Auslegung möglich¹, die erhellen solle, was im Dunkeln liege. Interpretiert werde, was bereits existiert, aber nicht ersichtlich sei. Auslegung bedeute Nachvollzug des schon bestehenden, prä-existenten Willens. Die Normen sind dabei mehr oder weniger eindeutig². Sinnermittlung und -deutung der Rechtssätze erfolgen nach der klassischen Lehre "mit einem von der Dogmatik bereitgestellten methodischen Instrumentarium"³. Damit, so glaubte man, sollte jeder Interpret zum gleichen Ergebnis gelangen. Die korrekte Anwendung der Auslegungsregeln führe zur richtigen Lösung⁴.

Diese Auslegungslehre beruht auf den Vorstellungen der klassischen Erkenntnistheorie, die objektives Erfassen der Wirklichkeit für möglich hielt⁵. Der Positivismus lehnte sich an diese vom Denken der exakten Naturwissenschaften während längerer Zeit beeinflusste Lehre an⁶.

1. Ziel der Auslegung

Auf welchem Wege der einzig wirkliche Sinn zu ermitteln sei, darüber ist man sich nicht einig⁷. Sowohl Methode als auch Ziel der Auslegung sind umstritten. Methodisch wird zwischen der subjektiven und der objektiven Auslegung unterschieden.

1 Vgl. Deschenaux, Einleitungstitel, 80.

2 Rhinow, Rechtsetzung, 32.

3 Rhinow, Rechtsetzung, 32 f.

4 Zäch, Tendenzen, 314; Baudenbacher, Suggestivwerbung, 107.

5 Zäch, Tendenzen, 314.

6 Larenz, Methodenlehre, 39 f.

7 Baudenbacher, Suggestivwerbung, 107.

Gemeint ist damit der subjektive Wille des historischen Gesetzgebers bzw. der objektive Sinn des Gesetzes. Ein weiteres Problem ergibt sich aus der zeitlichen Differenz zwischen der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung.

Nach Baudenbacher sollte ohnehin nur zwischen der objektiv-entstehungszeitlichen und der objektiv-geltungszeitlichen Methode unterschieden werden. Die subjektive Auslegungsmethode sei abzulehnen, da es beim parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren einen Willen des Gesetzgebers nicht geben könne, sondern nur einen Willen des Gesetzes⁸. In der Schweiz wird mehrheitlich die objektiv-geltungszeitliche Methode vertreten⁹. Eine entgegengesetzte Haltung nimmt Meier-Hayoz ein, der sich für die objektiv-historische Methode ausspricht¹⁰. Primär sollte nach ihm der entstehungs-zeitliche Sinn einer Norm ermittelt werden. Dieses Vorgehen entspreche dem Prinzip der Gewaltentrennung. Mit dem Bekenntnis zur objektiv-historischen Methode lehnt Meier-Hayoz aber nicht jede richterliche Rechtsfortbildung ab. Wo es beachtenswerte Gründe gebieten, soll die Gesetzesauslegung den veränderten Umständen angepasst werden.

2. Elemente der Auslegung

Meier-Hayoz¹¹ nennt verschiedene Auslegungselemente, die als Teilakte der Auslegung zusammenwirken:

- das grammatische Element, das den Wortlaut erfasst;
- die systematische Auslegung, die ein Verstehen der Vorschrift im Zusammenhang mit dem übrigen Gesetz oder mit der gesamten Rechtsordnung gebietet;
- das teleologische Element, welches sich nach dem Zweck des Gesetzes richtet; da der Zweck der Rechtssetzung Interessenschutz ist, sollen vor allem die Interessenabwägung und -bewertung berücksichtigt werden;
- das realistische Element, das zur Anerkennung der tatsächlichen Verhältnisse führt, in denen das Gesetz wurzelt; u.a. gehören dazu die gesellschaftlichen Anschauungen und Wertvorstellungen; bei der objektiv-geltungszeitlichen Betrachtungsweise sind die ausserrechtlichen Gegebenheiten im Zeitpunkt der Anwendung in die Auslegung einzubeziehen;
- das historische Element, welches die Berücksichtigung der Geschichte des auslegenden Gesetzes verlangt.

Als Interpretationsmittel sind neben diesen Auslegungselementen Hilfsmittel wie Rechtsvergleichung, Rechtsgeschichte, geplante Gesetzesrevisionen, Natur der Sache, allgemeine Rechtsgrundsätze und Rechtssprichwörter von Bedeutung¹².

⁸ Baudenbacher, Suggestivwerbung, 107 f.

⁹ Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 162 ff.; Germann, Rechtsfindung, 97 ff.

¹⁰ Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 151 ff.

¹¹ Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 179 ff.

¹² Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 225.

B. *Lückenfüllung in der traditionellen Lehre*

Die Auslegung führt unter Umständen zu keiner anwendbaren Norm, sondern zur Feststellung von Lücken, die nach einer besonderen Methode gefüllt werden¹³. Der Richter geht bei der Lückenfüllung *modo legislatoris* vor, wenn die Lücke nicht aufgrund von gewohnheitsrechtlichen Grundsätzen behoben werden kann¹⁴. Er urteilt nach der generell-abstrakten Interessenlage, den Gesichtspunkten der Realien, der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit¹⁵. Es müssen die typischen Interessengegensätze und nicht die sich im konkreten Fall gegenüberstehenden Interessen abgeklärt werden¹⁶. Die getroffene Regelung soll der Lebenswirklichkeit entsprechen¹⁷. Das Faktische darf aber nicht das Streben nach einer ethisch gerechten Lösung verunmöglichen. Der Richter ist immer der Gerechtigkeit verpflichtet. Der ethische Gesichtspunkt ist deshalb der entscheidende¹⁸. Das Urteil des Richters hat der Rechtssicherheit zu genügen, die die Voraussehbarkeit umfasst, die speziell bei wiederholter richterlicher Rechtsfindung aktuell wird¹⁹.

Die Lückenfüllung ist nie eine "vollständige Neuschaffung eines Ganzen", sondern es handelt sich um die "Einfügung eines Rechtssatzes in ein bestehendes Ganzes"²⁰. Die im vorgegebenen bereits geformten Recht immanenten Wertungen leiten den Richter in seiner Rechtsfindung. Er hat sich an sie zu halten. Der Zweck des Gesetzes wirkt bis in die Lückenfüllung hinein. Einzig eine Lückenfüllung aus dem Geist des Gesetzes heraus gewährleistet eine harmonische Einordnung der Gesetzesergänzung in das vorgefundene Normengefüge²¹. Dieses Postulat rechtfertigt sich sowohl aus Überlegungen der Rechtssicherheit als auch aus Gründen der Gerechtigkeit. Neben den Wertungen des positiven Rechts stehen dem Rechtsanwender die Hilfsmittel zur Verfügung, die *mutatis mutandis* mit denen der Auslegung identisch sind²².

C. *Gegenseitiges Verhältnis von Auslegung und Lückenfüllung*

Vergleicht man das Vorgehen bei der Auslegung und bei der Lückenfüllung, zeigt es sich, dass beide Arten der Rechtsfindung auf denselben Überlegungen beruhen²³.

13 Baudenbacher, Suggestivwerbung, 110.

14 Vgl. ZGB Art. 1 Abs. 2; Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 316 ff.

15 Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 317.

16 Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 319 ff.; Germann, Rechtsfindung, 160.

17 Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 323 ff.

18 Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 328 ff.

19 Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 332 ff.

20 Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 344.

21 Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 251 f.; Germann, Rechtsfindung, 166; Häfelin, Lückenfüllung, 112 f.

22 Vgl. Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 225 und 353 ff.; Baudenbacher, Suggestivwerbung, 111.

23 Vgl. auch Baudenbacher, Suggestivwerbung, 114 f.

Die Verwendung gleicher Hilfsmittel ist zunächst unbestritten²⁴. Aber auch das übrige Vorgehen gründet auf den gleichen Grundsätzen.

Dem teleologischen Auslegungselement entspricht die Lückenfüllung gemäss den Wertungen des Gesetzes und der gesamten Rechtsordnung. Das Einfügen der neuentwickelten Regel in ein schon bestehendes Gesetzesganzes findet bei der Auslegung seinen Gegenpol in der systematischen Auslegungsmethode. Die Beachtung der tatsächlichen Verhältnisse, in denen das Gesetz wurzelt, ist mit der Abklärung der generell-abstrakten Interessenlage bei der Lückenfüllung verwandt. Bei beiden Rechtsfindungsverfahren ist die Erforschung der Rechtstatsachen sowie des historischen Hintergrundes notwendig. Die Entscheidungsgrundlagen sind also bei der Auslegung und der Lückenfüllung nicht wesentlich verschieden.

Trotz des verwandten Erkenntnisvorgangs wird in der traditionellen Lehre zwischen der Auslegung als kognitivem Akt und der Lückenfüllung als vorwiegend volitivem Akt unterschieden. Durch diese qualitative und nicht bloss quantitative Abgrenzung werde, wie Meier-Hayoz ausführt, eine bessere Methodenklarheit erreicht²⁵. Die Wesensgleichheit beider Akte dagegen betont bereits Burckhardt²⁶. Zwischen Lückenfüllung und Auslegung bestehe kein begrifflicher Unterschied. Es liege lediglich eine graduelle Abweichung vor. Auslegung ist eine schöpferische Tätigkeit, die ein wertendes Urteil verlangt und sich nicht auf logische Schlussfolgerungen beschränkt. Der Rechtsanwender müsse jeweils die logisch möglichen Lösungen gegeneinander abwägen. Er sei dabei in einer ähnlichen Situation wie der Gesetzgeber. Er habe das sachlich richtige Werturteil zu finden. Neuerdings weist auch Meier-Hayoz auf den schöpferischen Aspekt der Auslegung hin²⁷.

II. Rechtsfindung in Ausrichtung auf das Rechtsganze

Die beschriebene Theorie der einzig richtigen Auslegung²⁸ beruht auf der Vorstellung von anwendungsbereiten Normen, deren Sinngehalt nach allen Regeln der Auslegungskunst erfasst werden kann und die direkt anwendbar sind. Daneben bestehen Lücken, weisse Flecken, die gefüllt werden müssen. Das Auslegungsobjekt ist die einzelne Rechtsnorm. Dies ist ein Trugbild. Der Rechtsanwender steht nicht einer einzelnen Norm und noch weniger einem isolierten Begriff gegenüber, sondern einem ganzen Normengefüge. Das Recht muss unter Beachtung aller vorhandenen Normprogramme gewonnen werden²⁹. Die Rechtsordnung ist, soweit sie für die zu

24 Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 225, 353 ff.

25 Meier-Hayoz, Art. 1 ZGB N 137 ff.

26 Burckhardt, Lücken, 82 ff.; Burckhardt, Methode, 280 f.; ebenso Häfelin, Lückenfüllung, 121.

27 Meier-Hayoz, Aspekte, 419, bereits schon in Richter, 203.

28 Vgl. vorne S. 15 f.

29 Rhinow, Rechtsetzung, 126.

regelnde Frage relevant ist, gesamthaft auszulegen. Bereits Burckhardt³⁰ hob die Bedeutung der ganzen Rechtsordnung für den einzelnen Rechtssatz hervor.

In besonderem Mass ist die Verfassung als Richtlinie der Auslegung zu betonen. Sie ist der gesamten Rechtsordnung als Grundordnung vorgegeben und durchdringt jede Rechtsgewinnung³¹. Der Gesetzesvollzieher ist an die Wertmassstäbe der Verfassung gebunden, an den Gleichheitssatz, das Verhältnismässigkeitsprinzip, die Grundrechte usw. Es erfolgt eine vertikale Normendurchdringung³². Die verfassungskonforme Auslegung ist ein Grundpfeiler jeder Auslegung. Dabei ist davon auszugehen, dass die Gesetze unter Beachtung der Verfassung erlassen werden und so bereits ihren Beitrag an die Verfassungskonkretisierung leisten³³. Wo der Sinn einer Norm unklar ist, muss deshalb unter Berücksichtigung des Rechtsganzen das verfassungskonforme Auslegungsergebnis verwirklicht werden³⁴.

Ist aber bereits bei der Auslegung das gesamte Normengefüge zu berücksichtigen, so besteht zur Rechtsfortbildung im Zusammenhang mit der Lückenfüllung kein qualitativer Unterschied. Das Auslegungsobjekt ist in beiden Fällen – im Gegensatz zur klassischen Theorie – dasselbe. Der Begriff der Lücke wird bei einer integralen Interpretation entbehrlich. Der Rechtsanwender hat in jedem Fall das Recht, ganzheitlich zu konkretisieren, d.h. sowohl bei bestimmten als auch bei unbestimmten, vagen Begriffen und bei der Ermessenstätigkeit. Es kann zwar die Dichte der Regelung, der Grad der Offenheit und Unbestimmtheit verschieden sein, „spezielle ... Lücken weisen jedoch keinen methodischen Erkenntniswert mehr auf“³⁵.

III. Probleme der ganzheitlichen Rechtsgewinnung

Bei der Einbeziehung des „Rechtsganzen“³⁶ in die Interpretation treten Wertungslücken und Wertungsgegensätze auf. Sie müssen offen dargelegt und gegeneinander abgewogen werden; nur so können die getroffenen Wertungen rational erfassbar und der Nachprüfung zugänglich gemacht werden³⁷. Der Rechtsanwender steht vor der Aufgabe, die in der Rechtsordnung verankerten Wertungen zu optimieren. Er ist verpflichtet, möglichst allen Werten zum Durchbruch zu verhelfen, was aber nicht

30 Burckhardt, Lücken, 88 f.

31 Rhinow, Rechtsetzung, 127 f.

32 Geitmann, Bundesverfassungsgericht, 38.

33 Nach Häfelin, Auslegung, 244 ff., ist die verfassungskonforme Auslegung keine selbständige Methode, sondern sie liefert nur ein ergänzendes Kriterium zu anderen Auslegungsmethoden.

34 Es kann aber nicht die Aufgabe der Gerichte sein, im Wortlaut oder nach dem Sinn klare Gesetzesnormen verfassungskonform umzuinterpretieren. Damit würde der Grundsatz der Gewaltenteilung, der Gesetzmässigkeit und der Rechtssicherheit gefährdet. Vgl. dazu Häfelin, Auslegung, 249 ff.

35 Rhinow, Rechtsetzung, 128.

36 Engisch, Einführung, 139.

37 Rhinow, Rechtsetzung, 129.

darüber hinwegtäuschen darf, dass eine völlige Harmonisierung nicht immer zu erreichen ist. Eine widerspruchsfreie Einheit der Werte, auch der Verfassungswerte, existiert nicht³⁸. Eine echte Konkordanz aller Güter ist kaum möglich.

Ausser diesen prinzipiellen Fragen stellen sich verschiedene Konkurrenzprobleme, z.B. zwischen Normen gleicher oder verschiedener Stufen³⁹. Bei der Rechtskonkretisierung ergeben sich, wo Widersprüche unter den Normen auftreten, vor allem zwei Hauptprobleme: Es fragt sich, ob der Rechtsanwender eine Auswahl aus unter sich konkurrierenden Rechtssätzen treffen darf und, falls er dazu befugt ist, wie er zwischen den ranggleichen Normen zu entscheiden hat. Neben den rein methodischen Problemen stehen also auch funktionelle und kompetenzielle Fragen an. Die juristische Methode weist über sich hinaus. Es fliessen Aspekte der Verfassungstheorie und -dogmatik in die Konkretisierung ein⁴⁰.

IV. Die neuere Hermeneutik und der Rechtsfindungsprozess

A. *Vorverständnis als Bedingung des Verstehens*

Die neuere Hermeneutik befasst sich mit dem Verstehensprozess, den Bedingungen des Verstehens. Beim Erkennen und Verstehen der Rechtsnormen ist die Person, die das Recht konkretisiert, nicht ausser acht zu lassen. Es besteht zwischen dem Normtext und seinem Interpretieren eine Verbindung⁴¹. Alles Verstehen ist von einer wesenhaften Vorurteilhaftigkeit geprägt⁴². Dieses Vorurteil, zu begreifen als Vorverständnis, ist Bedingung des Verstehens⁴³. Ein Sinn zeigt sich nur, weil man den Text bereits mit gewissen Erwartungen auf einen bestimmten Inhalt hin liest⁴⁴. Dieses Vorverständnis wird beim tieferen Eindringen in den Sinn des Textes ständig revidiert. Im Ausarbeiten solcher Vorentwürfe vollzieht sich das Verstehen. Deshalb wird "ein mit methodischem Bewusstsein geführtes Verstehen bestrebt sein müssen, seine Antizipationen nicht einfach zu vollziehen, sondern sie selber bewusst zu machen und sie zu kontrollieren und dadurch von den Sachen her das rechte Verständnis zu gewinnen"⁴⁵.

38 Hesse, Grundzüge, 28, will die Verfassung so interpretieren, dass "Widersprüche zu andern Verfassungsnormen vermieden werden". Es seien der Grundsatz der Einheit der Verfassung und das Prinzip der praktischen Konkordanz zu verwirklichen. Er strebt eine völlige Harmonie der in der Verfassung verankerten Werte an.

39 Vgl. dazu Rhinow, Rechtsetzung, 129 ff.

40 Rhinow, Rechtsetzung, 131 f.

41 Die Ausführungen Gadamers, Wahrheit, 254, basieren weitgehend auf der Existenzphilosophie Heideggers.

Martin Heidegger, Sein und Zeit, 15. Aufl., Tübingen 1979, 152 ff.: "Alle Auslegung, die Verständnis beistellen soll, muss schon das Auszulegende verstanden haben."

42 Gadamer, Wahrheit, 254; Vorurteil ist hier nicht pejorativ zu verstehen.

43 Gadamer, Wahrheit, 261 ff.

44 Gadamer, Wahrheit, 251.

45 Gadamer, Wahrheit, 254.

Im Hinblick auf eine mögliche "Weisungs-Bedeutung" des hinterfragten Textes werden an diesen bestimmte Ordnungsfragen herangetragen⁴⁶. Nur dadurch lässt sich der Regelungssinn eines Ausdruckes der Gesetzessprache erschliessen. Dieses "Problem-Vorverständnis" eines Textes, das durch die Offenheit der Sprache und den Zeitfaktor gefordert ist, stimmt nicht unbedingt mit dem historischen Vorverständnis überein. Gerade diese Erscheinung ist Bedingung für die Funktionsfähigkeit der permanent gültigen – im Rechtssatz verankerten – Handlungsanweisungen. Esser versteht das Vorverständnis nicht nur als Bedingung des Verstehens, er bezeichnet es geradezu als Voraussetzung "für ein als Entscheidungsgrundlage brauchbares Verstehen"⁴⁷. Für den Juristen ist ausschlaggebend, dass er mit einer bestimmten Erwartung an den zu interpretierenden Text herangeht, die ihrerseits die Auslegungsmöglichkeit begrenzt, aber gleichzeitig auch erst ermöglicht.

Der Rechtsanwender begreift den Text als "ein für seine Entscheidung sinnvolles Weisungsmuster". Der Anwendungsakt steht in einem Abhängigkeitsverhältnis zu der Verständnismöglichkeit, die wiederum in engem Zusammenhang zur Anwendungsvorstellung steht. Es bildet sich ein Anwendungszirkel⁴⁸. Die finale Entscheidungsvorstellung beeinflusst die Rechtsanwendung. Der Interpret tritt mit einem gewissen Erwartungshorizont, geprägt von "den anderweitig bereits anerkannten Interessen potentiell beteiligter weiterer Rechtsuchender in ihrer Konfliktslage mit den Gegenerwartungen", an den Text heran⁴⁹. Diese Erwartungen umfassen das Rechtsverständnis ganzer gesellschaftlicher Gruppen.

Die Hauptaufgabe der Methodik besteht darin, die "Motive für solche vorgeifliche Normbeurteilung erkennbar zu machen". Der Interpret ist der Vermittler "zwischen der Notwendigkeit eines stabilen Systems und einer aktuell gerechten Einarbeitung und Anerkennung neuer Erwartungshorizonte"⁵⁰.

B. Verstehen als aktuelles Geschehen

Verstehen vollzieht sich als aktuelles Geschehen, "d.h. die Untrennbarkeit von Sinnerkenntnis und Anwendung in einem einheitlichen Vorgang, der den Verstehenden notwendig einbezieht und trotz gleichzeitiger vollständiger Bindung an den Sinn des Textes diesen zu verstehenden Sinn erst konkretisiert und vollendet"⁵¹. Verstehen und Entscheiden sind an die Geschichtlichkeit der Existenz gebunden. "Das Vorverständnis erscheint grundsätzlich als das Lebensverhältnis des Verstehenden zu der zu verstehenden Sache, das die Möglichkeit von Verstehen überhaupt

46 Esser, Vorverständnis, 135.

47 Esser, Vorverständnis, 135.

48 Esser, Vorverständnis, 136.

49 Esser, Vorverständnis, 137.

50 Esser, Vorverständnis, 137.

51 F. Müller, Normstruktur, 47.

erst begründet“⁵². Der Rechtsanwender sieht sich vor die heikle Aufgabe gestellt, die Vorurteile, “die das Verstehen sachlich ermöglichen, von denjenigen Vorurteilen, die richtiges Verstehen, normgerechtes Konkretisieren verhindern”, zu scheiden. Diese Analyse erfolgt im Laufe des Verstehens. Sie kann nicht vorgängig erstellt werden. Die juristische Hermeneutik rationalisiert und reflektiert am konkreten Fall das Vorverständnis⁵³. Die Thematisierung und Rationalisierung des Vorverständnisses setzt erst die Voraussetzungen für eine kontrollierbare Konkretisierung des Rechts. Dennoch lehnt Friedrich Müller ein die Interpretation grundlegend und entscheidend begründendes Vorurteil ab. Gleichzeitig verneint er eine “existenziale Interpretation”. Hier verliere der Aspekt des Vorverständnisses seinen hermeneutischen Wert⁵⁴. Trotz der Rationalisierung bleibt aber immer ein Rest ungeklärten Vorverständnisses, das ebenso zur Voraussetzung der Konkretisierung gehört.

Für Hinderling⁵⁵ ist es nicht die Methode, sondern “die Subjektivität des Interpretens, die die Massstäbe an das ‘Objekt’ heranträgt, nach denen in der Interpretation entschieden wird”. Auslegung ist deshalb “Neudenken eines Gedachten”⁵⁶. Das Verstehen als “praktisches Geschehen” überwindet den Abstand zwischen Sachverhalt und Text, der durch die gedankliche Abstraktion der generell-abstrakten Norm entsteht. Hier hilft, so Hinderling, die historische Auslegungsmethode nicht weiter. Die Produktivität des Verstehens setzt voraus, dass es unmöglich ist, das Ergebnis der Interpretation im voraus festzulegen. Der produktive Vorgang findet dabei nicht nur bei der Konkretisierung von allgemeinen Prinzipien statt, sondern bei jeder Auslegung⁵⁷. Das produktive Vorverständnis ist die Basis des Verstehens bei der Auslegung und bestimmt selbst auch die Wahl der “richtigen” Auslegungsmethode⁵⁸.

Die das Verstehen leitenden Vorurteile stehen nicht im Belieben des Interpretens. Ordnungs- und Systemgedanken fließen durch das Vorverständnis in den Verstehensprozess, wodurch der Interpret an die rechtliche Gesamtordnung gebunden wird⁵⁹. Dabei stellt sich die Frage, welches das richtige Vorverständnis ist. Den Rückgriff auf den Konsens aller “Vernünftig- und Gerecht-Denkenden”⁶⁰ hält Hinderling für einen Rückfall in einen Psychologismus positivistischer Prägung oder auch für eine relativistische Anschauung⁶¹. Eine Rationalisierung und Thematisierung ist auch nach Hinderling notwendig. Im Bereich des Verfassungsrechts bestimmt die materiale Verfassungstheorie die Gesichtspunkte und Ordnungsgedanken für das Vorverständnis⁶².

52 F. Müller, Normstruktur, 49.

53 F. Müller, Normstruktur, 50.

54 F. Müller, Normstruktur, 53.

55 Hinderling, Rechtsnorm, 143 f.

56 Hinderling, Rechtsnorm, 146, 256.

57 Hinderling, Rechtsnorm, 146.

58 Hinderling, Rechtsnorm, 150.

59 Hinderling, Rechtsnorm, 167.

60 Vgl. Ehmke, Prinzipien, 71.

61 Hinderling, Rechtsnorm, 205 f.

62 Hinderling, Rechtsnorm, 206 ff.

Für Larenz⁶³ bedeutet Auslegung primär, sich für eine unter mehreren möglichen Deutungen entscheiden; dabei lässt sich der Interpret von Überlegungen leiten, „die gerade diese als die hier ‘zutreffende’ erscheinen lassen“. Dieser Entscheidungsprozess ist ein Verstehensprozess, der wesentlich vom Vorverständnis „als Vorbedingung adäquaten Verstehens“ geprägt ist⁶⁴, wobei das Bild vom Verstehensvorgang als Zirkel nicht ganz zutrifft, da man nicht zur Ausgangsposition zurückkehrt, sondern das Textverständnis, ähnlich einer Spirale, immer mehr vertieft wird⁶⁵.

C. *Der Beitrag der neueren Hermeneutik zur Rechtsgewinnung*

Die neuere Hermeneutik hebt zu Recht hervor, dass es keine völlige Objektivität im Verstehen von Normtexten oder Urteilen geben kann. Der Rechtsanwender – als ein In-die-Welt-Geworfener⁶⁶ – kann sich nicht aus seiner Geschichtlichkeit, seiner Subjektivität und seiner Weltbezogenheit herauslösen⁶⁷. Die neueren hermeneutischen Forschungsergebnisse zeigen „die Rolle des Interpreten im Konkretisierungsprozess, sein unauflösbares Verhältnis zum Auslegungsobjekt, sein ‘hermeneutisches’ und ‘applikatives’ Vorverständnis, die zirkelhafte ... Natur des Verstehensvorganges“ auf⁶⁸. Diese Einsichten belegen die Unhaltbarkeit einer traditionellen, an den canones von Savigny ausgerichteten und im Drei-Ebenen-Modell verwurzelten Methodenlehre. Sie wird aber von der herkömmlichen schweizerischen Doktrin zum Teil heute noch vertreten⁶⁹. Die traditionelle Methodenlehre ist deshalb zu überdenken und durch eine integrale Auslegung zu ergänzen oder gar zu ersetzen⁷⁰. Mit der Auslegung als produktivem Vorgang ist die Vorstellung von einer Rechtsanwendung, die unabhängig ist von Raum, Zeit und Subjekt, von Gerechtigkeits-erwägungen und Sozialwirklichkeit, unhaltbar geworden. Damit wird auch die Theorie der einzig richtigen Lösung trügerisch⁷¹.

63 Larenz, Methodenlehre, 181.

64 Larenz, Methodenlehre, 185; vgl. auch Rhinow, Rechtsetzung, 142 f.

65 Larenz, Methodenlehre, 184.

66 Nach Martin Heidegger, Sein und Zeit, 15. Aufl., Tübingen 1979, 56, ist die Grundverfassung des Daseins das In-der-Welt-Sein, das „sich mit dessen Faktizität ja schon in bestimmte Weisen des In-Seins zertrennt oder gar zersplittert“ hat.

67 Karl Jaspers, Philosophie, 1. Band, Berlin 1932, 16: „Indem das Zeitliche dieses Gewicht hat und so gewusst wird, ist es zugleich überwunden; nicht zugunsten einer abstrakten Zeitlosigkeit, sondern so, dass ich in der Zeit über der Zeit, nicht ausserhalb der Zeit stehe.“

Ders., Philosophie, 2. Band, Berlin 1932, 340: „In der Weltorientierung ist anzuerkennen die Bedingtheit aller objektiven Gegenständlichkeit durch das Subjekt. ... die Gegenstände der Erkenntnis (sind bedingt) durch ein Bewusstsein überhaupt, für das sie sind.“

Nach Jaspers ist die Subjektivität unlösbar mit der Objektivität verbunden (340 ff.).

68 Rhinow, Rechtsetzung, 143.

69 Rhinow, Rechtsetzung, 143.

70 Esser, Unentbehrlichkeit, 555, glaubt, dass die herkömmliche Methode nicht abgeschafft werden muss, sondern ihre argumentativen Figuren strukturiert werden sollen.

71 Rhinow, Rechtsetzung, 145 f.

Der grosse Beitrag der neueren Hermeneutik zur Rechtsfindung liegt darin, dass sie den Erkenntnisvorgang und damit das Verstehensgeschehen bewusstmacht. Das Wissen um diesen Vorgang des produktiven Verstehens oder zumindest die Thematisierung des Verstehensprozesses ist eine wichtige Vorbedingung zur Rechtskonkretisierung. Die neuere Hermeneutik sagt dagegen nichts aus über das "Wie" dieses Vorganges oder gar, wie Verstehen geschehen soll, sondern sie analysiert lediglich, was geschieht⁷². Zur juristischen Methodenlehre im engeren Sinn leistet sie nur einen sehr begrenzten Beitrag. Dennoch darf ihre Bedeutung nicht unterschätzt werden, gerade weil sie das hervorhebt, was schon immer praktiziert, aber von der Methodenlehre bisher nicht erhellt wurde.

V. Topik als weiteres Element der Rechtsgewinnung

Die Topik, vor allem von Viehweg vertreten, wandte sich gegen eine axiomatisch-deduktive Systematik im Recht und setzte sich ein für ein "aporetisches Denken", für ein Denken, das sich am Problem orientiert⁷³. Sie richtet sich nicht auf die Systematik aus, sondern versteht sich als unablässiges Suchen "nach dem jeweilig Gerechten"⁷⁴.

Mit Rhinow⁷⁵ ist festzuhalten, dass die Rechtswissenschaft auf systematisieren-des Denken angewiesen ist, will sie den Anspruch auf Wissenschaftlichkeit nicht aufgeben. Der Topik geht es jedoch – wie Kriele m.E. zu Recht ausführt⁷⁶ – nicht darum, das Systemdenken zur Topik zurückzuführen und damit bereits erworbene Gedankenklarheit aufzugeben, sondern sie strebt lediglich Offenheit für im System noch nicht vorgesehene Argumente an. Während systematisches Denken gekennzeichnet ist durch eine Abwehrhaltung gegenüber neuen Problemen, die sich nicht in das System einordnen lassen, ist das aporetische Denken bereit, Modifikationen des Systems vorzunehmen, um unvorhergesehene Probleme zu erörtern. In diesem Sinne ist juristisches Denken immer aporetisch. Denn die Verweigerung der Problem-erörterung bedeutete eine Rechtsverweigerung und eine Verletzung von Art. 4 BV. Damit verliert der der Topik vorgehaltene Vorwurf, unsystematisch zu sein, an Aktualität.

Die Topik setzt sich für eine Systemoffenheit und nicht für eine Systemlosigkeit ein. Die eigentliche Problematik liegt in der Auswahl der Gesichtspunkte, die für eine Erweiterung und Modifikation des Systems zu treffen ist. Als einziges Kriterium der Rechtsfortbildung nennt die Topik die maximale Diskutierbarkeit innerhalb eines gemeinsamen Horizontes⁷⁷, der in der breitestmöglichen Basis des Kon-

72 Rhinow, Rechtsetzung, 145.

73 Viehweg, Topik, 31 ff.

74 Viehweg, Topik, 93.

75 Rhinow, Rechtsetzung, 150 f.

76 Kriele, Theorie, 145, 149 f.

77 Viehweg, Topik, 42 f.; Schneider, Prinzipien, 35; Kriele, Theorie, 151.

senses einer Rechtsgemeinschaft zu finden ist. Bereits Aristoteles stellte in seiner *Topik* fest, dass dieser gemeinsame Horizont in dem wurzelt, „was alle anerkennen oder doch die meisten oder die Weisen, und von diesen entweder alle oder die meisten oder die berühmtesten, wenn (es) also nicht ungewöhnlich ist“⁷⁸.

Die einzelnen *Topoi* sind nur Problemlösungsvorschläge. Woran sie sich orientieren, wird bewusst vage gehalten⁷⁹. Es wird auf die Gerechtigkeit und die Vernunft verwiesen. Wie der Prozess von der Problemsicht zur richtigen Entscheidung abläuft, löst die *Topik* nicht. Zu bedenken ist aber, dass zur Rechtskonkretisierung Entschieden wesenhaft gehört⁸⁰.

VI. Bedingungen der Rechtsgewinnung

A. Erkennen und Entscheiden

Die Rechtskonkretisierung basiert sowohl auf Erkenntnis als auch auf Entscheidung. Probleme der Erkenntnis stellen sich, da die Konkretisierung an „Recht“ anknüpft, von mehr oder weniger bestimmten Normen ausgeht. Erkenntnis müssen: getroffene Wertungen, Präjudizien, allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen, soziale Normen, tatsächliche Gepflogenheiten und Zusammenhänge usw. Die Erkenntnisse bedürfen der ergänzenden, wertenden und abwägenden Entscheidung⁸¹. Der Rechtsanwender steht unter Entscheidungszwang; insbesondere sind die Gerichte verpflichtet, ein Urteil zu fällen. In der Rechtsgewinnung liegt somit sowohl Erkenntnis als auch Entscheidung. Das *hic et nunc* Richtige ist zu finden. „Konkretisierung ist zwar mehr als Erkenntnis, aber sie ist immer auch Erkenntnis, weil ohne Annahme zu erkennender Vorentscheidungen der Entscheidungsprimat des Gesetzgebers illusorisch würde. Konkretisierung ist mehr als bloße Entscheidung, aber sie ist immer auch Entscheidung, weil die bloße Erkenntnis fragmentarischer Dezision noch nicht zu einem unmittelbar ableitbaren, wirklichkeits- und gerechtigkeitsbezogenen konkreten Recht hinführt“⁸². Der Rechtsanwender muss also Vorgegebenes erfassen und seiner Tätigkeit zugrunde legen. Daneben hat er eigene Wertungen und Entscheidungen zu treffen, die er begründen muss. Er ist im Rahmen des experimentierenden Denkens an der Findung, Präzisierung und Verbesserung rechtlicher Regelungen sowohl bei der „ganz normalen Auslegung“ als auch bei der „Lückenfüllung“ beteiligt⁸³. Experimentierendes Denken ist als typen-

78 Aristoteles, *Topik*, hrsg. von Paul Gohlke, Paderborn 1952, 104 a.

79 Kriele, *Theorie*, 151 f.; Schneider, *Prinzipien*, 27.

80 Rhinow, *Rechtsetzung*, 151 f.

81 Rhinow, *Rechtsetzung*, 164 f.

82 Rhinow, *Rechtsetzung*, 163 f.

83 Zippelius, *Rechtsgewinnung*, 151, geht in seiner Darstellung über das experimentierende Denken vom Verfahren des „trial and error“ aus, das Karl R. Popper entwickelte.

vergleichendes Denken zu verstehen⁸⁴. Die juristische Methode steht im Spannungsfeld zwischen Erkenntnis und Entscheidung.

B. Grenzen der Rechtserzeugung durch den Interpreten

Der Rechtsanwendung vorgegeben ist das Rechtsganze, d.h. "die Summe aller durch die geltende Rechtsordnung festgelegten und damit vor-entschiedenen Normgehalte"⁸⁵. Sie unterliegt der Rechtsbindung und nicht nur der Gesetzesbindung. Das Rechtsganze ist die Grenze der zulässigen Konkretisierung. Die Verfassung verpflichtet den Rechtsanwender, das *hic et nunc* Sozialadäquate, Gerechte zu verwirklichen; er hat das "richtige" Recht zu schaffen. Dabei ist er an die in Frage stehenden Rechtsgehalte gebunden. Da diese Werte – wie oben ausgeführt – zum Teil widersprüchlich sind, muss er unter ihnen abwägend auswählen. Die integrale Interpretation sucht das richtige Recht innerhalb des Rechtsganzen und betreibt keine isolierte Gesetzesauslegung⁸⁶. Bindung an das Recht meint nicht den Rahmen, innerhalb dessen sich die Auslegung vollzieht, sondern das Rechtsganze selbst ist Gegenstand der Auslegung.

Mittels Argumentation und Rechtfertigung werden durch den Interpreten die Schranken der Rechtserzeugung bestimmt. Diese Grenzen müssen immer wieder neu festgelegt werden. Die Konkretisierung hat zwei Elemente: "erkennende Festlegung der Schranken, an die das zur Rechtsentscheidung befugte Organ gebunden ist" und "inhaltliche Rechtsgestaltung innerhalb dieser Schranken"⁸⁷. Die Bindung bestimmt sich nicht allein materiell von der Norm her, sondern funktionell. "Dabei spielt die (unterschiedliche) Funktion des Normtextes und der zu konkretisierenden Normen insgesamt ebenso eine Rolle wie Stellung und Funktion des konkretisierenden Organs." "Konkretisierung ist Rechtsarbeit an Funktionsträgern"⁸⁸. Was jeder mit dem Gesetz "machen" darf, ist abhängig von seiner Funktion. Zwischen dem Rechtsanwender und dem ihm vorgegebenen Recht besteht eine funktionell-rechtliche Bindung. Das Problem der Rechtsbindung erweist sich letztlich als Frage der Zuordnung von Staatsfunktionen⁸⁹. Die Verwaltung hat die Aufgabe, Gesetze zu vollziehen, wozu insbesondere bei erheblicher Unbestimmtheit der gesetzlichen Grundlage auch das Setzen von Unterzielen und die Programmbildung sowie -erfüllung gehören. Der Richter muss dagegen überprüfen, ob sich die Behörden bei ihrer

84 Zippelius, Rechtsgewinnung, 143 ff.; beim Typenvergleich wird der Grundtypus durch z.B. einengende Kriterien korrigiert, d.h. durch Merkmale, die für Falltypen spezifisch sind, für die es unakzeptabel wäre, die Konsequenzen des Grundtypus eintreten zu lassen.

85 Rhinow, Rechtsetzung, 177.

86 Rhinow, Rechtsetzung, 176 ff.

87 Rhinow, Rechtsetzung, 178.

88 Rhinow, Rechtsetzung, 164, 181.

89 Rhinow, Rechtsetzung, 181 ff.

Konkretisierungstätigkeit an das Rechtsganze, die Verfassungswerte und die Rechtsgrundsätze sowie die gesetzlichen Ziele gehalten haben. Die Entscheidungsprärogative steht dabei der Verwaltung zu. Der Richter befasst sich lediglich "mit den rechtlichen Schranken, die der Verwaltung auferlegt sind, nicht aber mit der Ausfüllung des administrativen Handlungsspielraums"⁹⁰.

90 Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 670.

§ 5 Das Verhältnis von unbestimmtem Gesetzesbegriff und Ermessen in der Lehre

Die Bedeutung von unbestimmtem Gesetzesbegriff und Ermessen sowie deren gegenseitiges Verhältnis wurden im Verlaufe der Zeit verschieden beurteilt, je nachdem, wie der Rechtsgewinnungsvorgang verstanden wurde.

I. Unbestimmter Gesetzesbegriff als Auslegungsobjekt, Ermessen als Freiraum

Das traditionelle Grundverständnis der Auslegung als Verstehensprozess, der zur einzig richtigen Lösung führt, hat die strikte Abgrenzung des Ermessens gegenüber dem unbestimmten Begriff zur Folge. Danach sind die unbestimmten Gesetzesbegriffe vom Gericht frei überprüfbar, während die Ermessenstätigkeit lediglich auf fehlerhafte Ausübung kontrolliert wird¹.

Beim echten Ermessen, das auf der Rechtsfolgeseite vorliegt, verfüge der Rechtsanwender über eine Wahlfreiheit, die ihm erlaube, unter mehreren – gleichermassen erlaubten – Verhaltensweisen zu wählen. Dem rechtsanwendenden Organ werde mit der Ermessensermächtigung ein Freiraum zur eigenen Willensentscheidung eingeräumt².

Im Gegensatz zum Ermessen würden die unbestimmten Gesetzesbegriffe keine Wahl offenlassen. Sie seien lediglich näher zu bestimmen, was aufgrund eines Erkenntnisaktes zu erfolgen habe. Die Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe ist somit eine Frage des Erkennens, das grundsätzlich mittels Auslegung von jedermann nachvollzogen werden kann. "Im Bereich des Erkennens – anders als im Bereich des Wollens – gibt es keine eigentliche 'Wahl', sondern nur mehr oder minder vollkommene oder unvollkommene Annäherung an die eine – und stets unabänderliche – Wahrheit, die gefunden zu haben das Ergebnis 'richtig' macht."³

Obwohl der Gesetzgeber einen unbestimmten Gesetzesbegriff verwende, nehme er die normative Lösung der Rechtsfrage vorweg. Er habe sie objektiv mittels eines unbestimmten Begriffs entschieden. Im konkreten Fall müsse die Lösung nur noch gefunden und nicht mehr entwickelt werden. Im Gegensatz zur echten Ermessenseinräumung habe der Gesetzgeber also mit dem unbestimmten Gesetzesbegriff bereits im voraus im Sinne einer bestimmten Lösung Stellung genommen. Trotz der Schwierigkeiten bei der Auslegung, die auch Reuss anerkennt, müsse die einzig richtige Lösung gefunden werden, die vom Gericht immer voll überprüfbar sei⁴. Ein Verzicht auf die volle gerichtliche Überprüfung bedeute eine Auslieferung an

1 Vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 66 B II.

2 Reuss, Ermessen, 585 f.

3 Reuss, Ermessen, 586.

4 Reuss, unbestimmter Rechtsbegriff, 649; ders., Ermessen, 587.

den Leviathan Staat⁵. Die Klärung der unbestimmten Gesetzesbegriffe hält Reuss bei einer praktischen, realistischen Einstellung zum Rechtsleben für möglich.

II. Gegenüberstellung von Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff mit Beurteilungsspielraum

Die Ansicht, die Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe führe zu einer einzigen richtigen Lösung, wurde von Bachof relativiert⁶. Er hielt zwar an der grundlegenden Unterscheidung zwischen Handlungsermessen und Beurteilungsermessen fest, das einen Spielraum hinsichtlich der Voraussetzungen des Verwaltungshandelns einräumt. Ersteres verlange eine Willensentscheidung, letzteres stehe im Zusammenhang mit einem Erkenntnisakt. Das Problem des unbestimmten Begriffs liege vor allem in seiner Anwendung. Die Auslegung und die Feststellung der Tatsachen seien gerichtlich ohne weiteres nachvollziehbar und überprüfbar; erst die Subsumtion der festgestellten Tatsachen unter einen mit unbestimmten Gesetzesbegriffen umschriebenen Tatbestand führe zu Schwierigkeiten⁷.

Bachof teilt die unbestimmten Begriffe in Erfahrungs- und Wertbegriffe ein⁸. Eine einzig richtige Lösung ergibt sich bei den Wertbegriffen nur, wenn der Begriff durch eine weitgehend übereinstimmende Beurteilung in der Rechtsgemeinschaft hinreichend konkretisiert erscheint. Im allgemeinen sind innerhalb bestimmter Grenzen verschiedene Ansichten möglich. Diesen nicht nur subjektiven, sondern auch objektiven Spielraum nennt Bachof Beurteilungsspielraum, in dessen Bereich weder von einer richtigen noch von einer falschen Lösung gesprochen werden kann⁹. Der Gesetzgeber wollte unter Umständen gerade mit der Verwendung eines unbestimmten Gesetzesbegriffs der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum einräumen. Eine vollumfängliche gerichtliche Überprüfung in diesem Bereich führt dazu, dass das Gericht seine eigenen subjektiven Wertvorstellungen an die Stelle derjenigen der Verwaltung setzt, was eine grosse Unsicherheit in das Verfahren hineintrüge. Die Gewähr einer besseren Rechtsfindung wäre dadurch nicht gegeben¹⁰.

5 Reuss, Ermessen, 587.

6 Bachof, Beurteilungsspielraum, 97 ff.

7 Bachof, Beurteilungsspielraum, 99; auch Ule, Anwendung, 326, sieht das Hauptproblem in der Schlussziehung und nicht bei der Sachverhaltsfeststellung.

8 Wolff/Bachof, 189, zählt zu den Erfahrungsbegriffen z.B. Gefahr, Störung, Berufsunfähigkeit usw. Sie sind durch die Rechtsprechung weitgehend objektiv bestimmbar. Unter Wertbegriffe dagegen fallen verschiedene Lebenssituationen; es können in verschiedenen Zusammenhängen sehr unterschiedliche Tatsachen unter einen solchen Begriff, wie z.B. "wichtiger Grund", "Unzuverlässigkeit" oder "öffentliches Interesse", eingeordnet werden.

9 Bachof, Beurteilungsspielraum, 99.

10 Ule, Anwendung, 326, ist grundsätzlich der gleichen Auffassung wie Bachof. Auch Dubs, optimale Bestimmtheit, 237, geht von einem Beurteilungsspielraum bei unbestimmten Begriffen aus, die ein kognitives Ermessen erlauben.

Ein Beurteilungsspielraum kann sich aber nicht nur bei den Wertbegriffen, sondern auch bei den Erfahrungsbegriffen ergeben¹¹. Prinzipiell ist bei den Erfahrungsbegriffen vom Gesetzgeber – so Bachof – nur eine einzige Lösung als richtig vorgesehen, in der Praxis aber lässt sie sich nicht so einfach ermitteln. Die Frage, ob beispielsweise eine Tankstelle den Verkehr gefährde oder nicht, ist im konkreten Fall schwierig auszumachen. Die Verantwortung des Entscheids liegt allein bei der Verwaltungsbehörde. Deshalb steht der Verwaltung ein unüberprüfbarer Spielraum eigener Beurteilung auch bei den Erfahrungsbegriffen zu. Ule¹² glaubt dagegen, dass bei den faktischen (deskriptiven) Begriffen jede eigene Beurteilung fehlt. Auslegung und Anwendung des Begriffes seien auch bei Unbestimmtheit ohne Schwierigkeiten möglich.

Da der Rechtsstaat eine möglichst bestimmte Normierung fordert, darf der Gesetzgeber nur dort zu subjektiv-wertbezogenen Begriffen greifen, wo keine exakte Begriffsbildung erreicht werden kann. Bachof hält den Rückgriff auf unbestimmte Begriffe für eine – oft nicht abwendbare – Verlegenheitslösung. Werden ohne genügenden Grund die Voraussetzungen des Verwaltungshandelns unbestimmt umschrieben, wird gegen den Grundsatz der Gesetzmässigkeit verstossen. Bachof¹³ verlangt deshalb bei der Regelung einer Materie mittels unbestimmter Gesetzesbegriffe die Berücksichtigung folgender drei Bedingungen: 1. Die Vermutung spricht gegen das Bestehen eines solchen Spielraumes, da der Beurteilungsspielraum einer besonderen Begründung bedarf. 2. Es unterliegt der gerichtlichen Nachprüfung, ob die Grenzen des Beurteilungsspielraumes eingehalten wurden. 3. Die Verwaltungsbehörde muss die Tatsachen aufzeigen, die sie unter den unbestimmten Gesetzesbegriff subsumierte. Sie hat die Gründe zu nennen, die sie veranlassten, einen Beurteilungsspielraum in Anspruch zu nehmen. Diese Begründungen unterliegen der gerichtlichen Überprüfung.

Der unbestimmte Gesetzesbegriff wird, wie auch Ule¹⁴ ausführt, vor allem im Zusammenhang mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit problematisch. In ihm treffen Rechtsstaat und Verwaltungsstaat aufeinander. M.E. aktualisiert sich die Problematik des unbestimmten Gesetzesbegriffs zwar bei der gerichtlichen Überprüfung von auf ihm gründenden Verwaltungsakten; das Problem seiner Unbestimmtheit besteht aber bereits im Verhältnis zwischen Rechtssetzer und Rechtsanwender. Der Gebrauch von unbestimmten Begriffen ist jedoch nicht immer zu umgehen¹⁵. Bei wirtschaftslenkenden Gesetzen beispielsweise erlaubt der unbestimmte Gesetzesbegriff ein Handeln, welches einem Wirtschaftsplan und der Verwirklichung einer bestimmten Wirtschaftspolitik entspricht. Beides entzieht sich einer auf Dauer angelegten bestimmten Gesetzesregelung. Hier kann der unbestimmte Gesetzes-

11 Bachof, Beurteilungsspielraum, 100 ff.

12 Ule, Anwendung, 318 ff.

13 Bachof, Beurteilungsspielraum, 100 f. Auch Dubs, optimale Bestimmtheit, 241, verlangt eine sachliche Begründung für die Unbestimmtheit einer Norm.

14 Ule, Anwendung, 314.

15 Ule, Anwendung, 315.

begriff einerseits bindende Wirkung gegenüber der Verwaltung entfalten und andererseits sie auch in gewissem Grade freistellen. Er liegt zwischen der strengen Bindung des bestimmten Begriffs und der weitgehenden Ungebundenheit des Ermessens. Die unbestimmten Gesetzesbegriffe führen gleichzeitig zu relativer Freiheit und relativer Gebundenheit. Gebunden ist die Verwaltung insoweit, als sie sich bei der Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe an die gegebenen gesellschaftlichen, kulturellen und wirtschaftlichen Wertmassstäbe halten muss und eine Wertung vorzunehmen hat, "die jede andere Behörde in der gleichen Lage auch vollziehen" würde¹⁶. Dennoch aber sind in Grenzfällen verschiedene Beurteilungen möglich. Hier liegt die relative Freiheit, die der unbestimmte Gesetzesbegriff tatsächlich einräumt.

Wegen seiner relativen Bindung ist der unbestimmte Rechtsbegriff, wie Ule ausführt¹⁷, als gesetzliche Grundlage für belastende Verwaltungsakte geeignet. Er verkörpere die rechtsstaatliche Grenze, die auch der Gesetzgeber bei der Eingriffsverwaltung nicht überschreiten dürfe. Aus diesem Grunde sei es verfassungsrechtlich nicht zulässig, unbestimmte Gesetzesbegriffe in Ermessensbegriffe umzudeuten.

Zur Unterscheidung von unbestimmten Gesetzesbegriffen und Ermessen geht Gygi¹⁸ vom Rechtsanspruch aus, der aufgrund unbestimmter Gesetzesbegriffe begründet werden kann. Dagegen entstehe nie ein Anspruch auf den tatsächlichen Eintritt einer Rechtsfolge, die in das Ermessen der Behörde gestellt ist. Die Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe sei – im Gegensatz zur Ausübung von Verwaltungsermessen – den Rechtsfragen zuzuordnen. Beiden gemeinsam ist die "unvollendete Regelung eines Tatbestandes"¹⁹. Bei beiden bleibt die gesetzliche Normierung offen. Das Ermessen ermöglicht einen Handlungsspielraum. Bei den unbestimmten Gesetzesbegriffen ist die normative Regelung nicht voll ausgereift, sei es, weil die Realien in der Gegenwart oder Zukunft nicht überblickbar sind, sei es, um dem Rechtsanwender eine gewisse Beweglichkeit und Anpassungsfähigkeit zuzusichern²⁰. Der unbestimmte Gesetzesbegriff ist kein Rechtstypus mit "klaren Erkenntnismerkmalen"²¹. Er umfasst nach Gygi Regelungen, deren Sinn mittels der anerkannten Auslegungsmethoden nicht erschlossen werden kann. Gygi macht einen Unterschied zwischen Auslegung, Lückenfüllung und Verdeutlichung von unbestimmten Gesetzesbegriffen, die nichts mit Ermessensausübung gemeinsam haben. Die blosse Auslegungsbedürftigkeit lasse noch nicht auf einen unbestimmten Gesetzesbegriff schliessen. Die Übergänge von auslegungsbedürftigen Normbegriffen

16 Ule, Anwendung, 324.

17 Ule, Anwendung, 329.

18 Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 1. Aufl., 219 ff. Im folgenden wird die von Gygi in der 1. Aufl. vertretene Ansicht dargestellt. In der 2. Aufl., 299 ff., betont er, dass es in bezug auf den Rechtsschutz von Bedeutung ist, ob die unbestimmten Rechtssätze dem Verwaltungsrecht oder dem Ermessen zuzuordnen sind. Den Zusammenhang mit dem Rechtsanspruch erwähnt er lediglich kurz, ohne ihn weiter auszuführen.

19 Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 1. Aufl., 220.

20 Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 1. Aufl., 221.

21 Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 1. Aufl., 222.

und unbestimmten Begriffen sind fließend. Dennoch ist die Grenzziehung wegen der verschiedenen Intensität der gerichtlichen Überprüfung wichtig. Die Verdeutlichung unbestimmter Gesetzesbegriffe ist ein Erkenntnisakt, der – so Gygi – zwischen der Auslegung und der Lückenfüllung steht²². Auch die Funktion der unbestimmten Gesetzesbegriffe liege zwischen den bestimmten Regelungen und der Ermessensermächtigung. Sie sollen verhindern, dass alles, was nicht bestimmt normiert werden kann, in das Ermessen der Behörde gestellt werden muss²³.

Die Vertreter der Theorie vom unbestimmtem Gesetzesbegriff mit Beurteilungsspielraum betonen einen Bereich der verwaltungsbehördlichen Eigenverantwortung. Das Verwaltungsgericht hat innerhalb dieses Spielraumes nicht zu entscheiden, sondern nur dessen Grenzen zu bestimmen. Dennoch stellen diese Autoren den unbestimmten Gesetzesbegriff deutlich dem Ermessen gegenüber. Handeln nach Ermessen ist freier, ungebundener als Entscheiden aufgrund unbestimmter Gesetzesbegriffe. Zwischen unbestimmten Begriffen und Ermessen liegt eine Trennlinie²⁴. Ermessen kann nur auf der Rechtsfolgeseite auftreten. Der Tatbestand ist dabei genau bestimmt. Es dürfe bei der Unbestimmtheit eines Tatbestandsbegriffes nicht von Ermessen gesprochen werden²⁵.

III. Unbestimmter Gesetzesbegriff und Ermessen als einheitliche Ermächtigung zur Individualisierung von Rechtsfolgen

A. Funktion des unbestimmten Gesetzesbegriffes und des Ermessens

Die prinzipielle Unterscheidung zwischen Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff blieb nicht unangefochten. Beide Erscheinungen dienen dem Gesetzgeber dazu, der Verwaltung zu ermöglichen, ihre Aufgabe wahrzunehmen. Um die Ermessensproblematik zu klären, muss vom Verwaltungsverhältnis ausgegangen werden²⁶. Keine Bedeutung hat dabei, ob das Rechtsverhältnis als Bindung der Verwaltung oder als Recht des Bürgers ausgestaltet ist. In jedem Fall ist zu beobachten, dass die Verwaltungsverhältnisse nicht restlos durchnormiert sind. Die geregelten Lebensbereiche können nur in die Wirklichkeit umgesetzt werden, wenn der Verwaltung überlassen ist, Einzelheiten selbst zu ordnen. Die Verwaltungstätigkeit wird erst in restloser Bindung an das Gesetz zur blossen Rechtsanwendung. In der Regel ist sie "Erfüllung staatlicher Aufgaben gemäss Gesetz und Recht". Sie ist von der Handlungsfreiheit, vom Ermessen gekennzeichnet. Das Ermessen gehört zum Wesen der Verwaltung. Die notwendige Handlungsfreiheit kann sowohl durch Ermessens-

22 Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 1. Aufl., 224, ähnlich 2. Aufl., 304.

23 Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 1. Aufl., 222.

24 Vgl. Wolff/Bachof, 190.

25 Wolff/Bachof, 194 f.

26 Ehmke, Ermessen, 38 f.

einräumung als auch durch unbestimmte Gesetzesbegriffe gewährt werden²⁷. Diese Theorie versteht Auslegung letztlich immer noch als blossen Erkenntnisakt. Sie begreift aber die Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe nicht mehr als Auslegung.

Das Gesetz umschreibt im demokratischen Gesetzgebungsstaat Grenze, Auftrag und Ermächtigung der Verwaltung²⁸. Die Norm bestimmt das Verwaltungshandeln, sie leitet es²⁹. Ermessen und unbestimmter Gesetzesbegriff sind positiv als legitime Instrumente der aktiven Verwaltung zu begreifen und nicht nur negativ als ein Minus an Rechtsbindung und damit an Rechtsschutz³⁰. Sie erlauben der Verwaltung, ohne an starre Regeln gebunden zu sein, im Einzelfall den Grundgedanken des Gesetzes zu verwirklichen. Durch sie ist es der Verwaltung möglich, im verfassungsrechtlich zulässigen Rahmen ein gesetzliches Entscheidungsprogramm zu verwirklichen. Die Verwaltung ist bei offenen Normen geradezu verpflichtet, ein Programm aufzustellen, das über den Einzelfall hinausweist³¹. Ihre verfassungsmässige Aufgabe besteht sowohl darin, Gerechtigkeit im Einzelfall zu üben, als auch gesamthaft koordinierend und gestaltend zu wirken. Bullinger³² erwartet von der Verwaltung, dass sie die Voraussetzungen für das "Effektivwerden" der individuellen Rechte in der industriellen Gesellschaft setzt. Sie hat u.a. in ihre Entscheide einen gewissen sozialen als auch wirtschaftlichen Ausgleich hineinzutragen. Ermessen und Beurteilungsspielraum erhalten damit eine makroadministrative Funktion. In der Ausscheidung eines Raumes zur freien Gestaltung liegt die Zubilligung eines eigenverantwortlichen Bereiches³³.

Schmidt³⁴ sieht in der Ermessensausübung einen Entscheidungsprozess. Ermessensspielräume treten dort auf, wo ein Interessenkonflikt im Rechtssetzungsverfahren noch nicht allgemein entschieden werden konnte, da er noch nicht vollumfänglich bekannt war. Eine umfassende Bindung an Rechtssätze ist nur bei Kausalabläufen möglich, die sich aus dem politischen Kontext lösen lassen. Bei in einem Wirkungsnetz eingebetteten Konflikten, dessen Komponenten zum Teil noch unbekannt sind, ist die strenge Einschnürung in einen Rechtssatz problematisch, da sich die Wirkungsfaktoren erst im konkreten Fall erfassen lassen.

27 Ehmke, Ermessen, 40, 45.

28 Vgl. vorne S. 1 ff.

29 Ehmke, Ermessen, 41 f.

30 Bullinger, Ermessen, 770.

31 Bullinger, Ermessen, 770 ff.; ders., unbestimmte Gesetzesbegriffe, 27.

32 Bullinger, Ermessen, 771.

33 Nach Scholz, 163 ff., ist diese Verantwortlichkeit eigenverantwortliche Zweckerfüllung. Die Verwaltung ist zur finalen Programmbildung berufen, die sie über das Tatbestandsermessen ausgestalten kann. Er hält die Struktur der verwaltungsrechtlichen Ermessensentscheide für ambivalent. Umfasst die Ermessensentscheidung einen Prozess zur konkreten Rechtssetzung, so sei sie rechtlicher Akt und justiziabel. Dient sie dagegen der konkreten Zweckerfüllung, so sei sie inhaltlich ein ausserrechtlicher Akt und nur insoweit gerichtlich überprüfbar, als die Zweckverfolgung aufgrund einer fehlerhaften Rechtskonkretisierung ergangen ist.

34 Schmidt, Abschied, 1756.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sowohl Ermessen als auch unbestimmte Gesetzesbegriffe Instrumente des Gesetzgebers zur unterschiedlichen Steuerung der Verwaltung sind. Sie verschaffen ihr die Möglichkeit zu finalem Handeln, zur Verwirklichung eines Programmes, und erlauben ihr, dem Einzelfall in optimaler Weise gerecht zu werden. Sie räumen ihr einen gewissen Gestaltungsraum ein. Wie noch zu zeigen sein wird, ist dies kein ungebundener freier Raum, sondern ein auf Gesetz und Recht ausgerichteter Bereich, der sowohl beim unbestimmten Gesetzesbegriff als auch bei der Ermessensermächtigung vorliegt. Die Bindung an Gesetz und Recht macht ihn zum Gestaltungsbereich und nicht zu einem Gestaltungs-“frei”raum³⁵.

B. Rechtsbindung im Bereich von Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen

Unbestimmte Gesetzesbegriffe und Ermessen haben bezüglich des Verwaltungsverhältnisses dieselbe Funktion. Ihre Unterscheidung wird unwichtig, wenn man bedenkt, dass nicht nur der unbestimmte Begriff, sondern auch das Ermessen durch die Forderungen des Rechtsstaates in vielerlei Hinsicht gebunden sind. Die verfassungsrechtlichen Grundsätze, wie die Rechtsgleichheit, das Willkürverbot, das Billigkeitsgebot usw., die Zielsetzungen des Gesetzgebers und die von ihm aufgestellten Richtlinien sind zu beachten. Das von Ehmke³⁶ in den Vordergrund gerückte Verwaltungsverhältnis wird “durchgängig durch das Handeln und Gestalten der Verwaltung bestimmt”, das von den verfassungsrechtlichen Grundsätzen geprägt wird.

Für Scholz³⁷ sind alle Ermessensentscheidungen wie auch Entscheidungen, die in wertender Ausfüllung unbestimmter Gesetzesbegriffe ergehen, Konkretisierungsprozesse der Verwaltungs- bzw. der Rechtszwecke. Die Rechtsform, in welcher die Verwaltungszwecke oder auch die Rechtszwecke konkretisiert werden, ist sekundär, da die Verantwortlichkeit primär eigenverantwortliche Zweckerfüllung darstellt. Die prinzipielle Unterscheidung von unbestimmtem Gesetzesbegriff und Ermessen kann nicht länger aufrechterhalten bleiben. Es besteht ein prinzipiell einheitliches Verwaltungsermessen³⁸. Grundlage der Legitimation des verwaltungsrechtlichen Ermessens und zugleich Grenze ist der gewaltenteilige Rechtsstaat. Die Garantie der eigenverantwortlichen Verwaltung beinhaltet auch die Ermessensfähigkeit.

35 G. Müller, *Reservate*, 121, anerkennt “rechtsfreie Räume” nur für den Bürger und nicht für die Behörden.

36 Ehmke, *Ermessen*, 43 ff.

37 Scholz, *Verwaltungsverantwortung*, 161 ff., 167.

38 Scholz, *Verwaltungsverantwortung*, 167, unterteilt dieses einheitliche Ermessen typologisch in Tatbestands-, Rechtsfolge- und Gestaltungsermessen. Sie sind jeweils quantitativ unterschiedlich.

C. *Ermessensausübung als Tatbestandsergänzung*

Schmidt³⁹ hält beim Ermessen nicht “die Art der denkbaren Rechtsfolge ...” für unbestimmt, sondern die “letztlich auslösenden Voraussetzungen für den Eintritt der Rechtsfolge”. In allen Normen ohne Ermessensermächtigung sind diese Voraussetzungen im Tatbestand erschöpfend – bestimmt oder unbestimmt – verankert. Bei Ermessensermächtigungen ist der Tatbestand unvollständig. Das Vollzugsorgan muss den offenen Tatbestand schliessen, indem es anhand des zu beurteilenden Lebenssachverhalts die noch fehlenden Voraussetzungen des Tatbestandes beifügt. “Vom unbestimmten Gesetzesbegriff unterscheidet sich (das Ermessen) dadurch, dass die letztlich massgebenden Tatbestandsmerkmale nicht im Gesetz (auch nicht durch unbestimmte Begriffe) normiert sind und statt dessen von dem zuständigen Vollzugsorgan selbständig zu entwickeln sind”⁴⁰. Dies ergibt sich bereits aus der verfassungsmässigen Pflicht zum Handeln nach Grundsätzen. Zunächst muss der zu berücksichtigende Rechtsgrundsatz ermittelt werden, bevor die Rechtsfolge gesetzt werden kann. Der gefundene Grundsatz ist dem Tatbestand der Norm zuzuordnen. Aber auch bei der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe ist m.E. eine Tatbestandsvervollständigung notwendig, die zu einer engeren Umschreibung des Tatbestandes führt⁴¹.

Tatbestand und Rechtsfolge verbindet eine enge Wechselbeziehung. Sowohl beim Ermessen als auch bei den unbestimmten Gesetzesbegriffen bleibt die Rechtsfolge aufgrund des Wortlautes der Rechtsnorm noch offen. Es ist vorgängig eine Zubereitung der Ermächtigungsnorm für den Lebenssachverhalt und des Sachverhalts bezüglich des Rechtssatzes notwendig⁴². Wie dies zu erfolgen hat, lässt sich anhand der Auslegung und Subsumtion von unbestimmten Begriffen aufzeigen. Unbestimmte Begriffe sind zu weit, als dass ein Sachverhalt ihnen ohne weiteres zugeordnet werden kann. Der Gesetzesbegriff muss massgeschneidert, ausgelegt und in einen tatbeständlich engeren Begriff zerlegt werden. Daneben erfordert auch der Lebenssachverhalt eine Bearbeitung. Festzustellen sind die rechtserheblichen Tatsachen, die dem gesuchten Rechtsbegriff zugeordnet werden können. Sie ergeben das “im Wege der Auslegung zu gewinnende engere (abstrakt-generelle) Tatbestandsmerkmal innerhalb des ‘unbestimmten Gesetzesbegriffes’”⁴³. Der ausgewählte Ausschnitt des Sachverhalts wirkt sich auf die Auslegung aus, wie umgekehrt die Auslegung dessen Auswahl beeinflusst. Der Blick schweift hin und her zwischen Sachverhalt und Tatbestandsumschreibung⁴⁴. Die Auslegung erfolgt so unter Berücksichtigung der möglichen Subsumtion⁴⁵.

39 Schmidt, Gesetzesvollziehung, 156 ff.

40 Schmidt, Gesetzesvollziehung, 157.

41 Vgl. dazu Schmidt-Eichstaedt, Ermessen, 180 f.

42 Schmidt, Gesetzesvollziehung, 158.

43 Schmidt, Gesetzesvollziehung, 121.

44 Vgl. Engisch, Studien, 14 f.

45 Schmidt, Gesetzesvollziehung, 122, hält es deshalb für wichtig, wer letztlich entscheidet, das Verwaltungsorgan oder das Verwaltungsgericht.

Ein ähnlicher “Zirkel der Interpretation”, ein Zusammenfallen der Wertung des Sachverhaltes mit der Anordnung der Rechtsfolge, ergibt sich bei der Ergänzung von Tatbeständen bei Ermächtigungsnormen. Tatbestand und Rechtsfolgeanordnung sind eng miteinander verknüpft. Durch das Setzen der Rechtsfolge wird die Norm vollzogen. Der Vollzug lässt sich wiederum nicht von den Tatbestandsvoraussetzungen isolieren⁴⁶. Das Ermessen ist letztlich eine Frage der Tatbestandsergänzung, die aus den verfassungsmässigen Grundsätzen mit Blick auf den vorliegenden Lebenssachverhalt zu entwickeln ist. Sie unterscheidet sich in ihrem Erkenntnisvorgang nicht wesentlich von der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Eine Erweiterung des Tatbestandes ist folglich sowohl bei der Konkretisierung von unbestimmten Gesetzesbegriffen als auch bei der Tatbestandsergänzung im Rahmen von Ermächtigungsnormen notwendig. Während die unbestimmten Begriffe durch die Ergänzung enger gefasst werden, treten bei den Ermessensermächtigungen durch die Tatbestandsergänzung neue Tatbestandsmerkmale hinzu. Beide Varianten treten in sog. Koppelungsnormen zusammen auf.

D. Bindungen der “Tatbestandsergänzung” bei der Ermessensermächtigung und Bindungen bei der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe

Die Tatbestandsergänzung im Rahmen der Ermessensermächtigung ist – wie oben aufgezeigt – konjunktiver Art, d.h., die Liste der Tatbestandsvoraussetzungen wird kumulativ ergänzt⁴⁷. Die Ergänzung ist aus dem Normzweck und den verfassungsrechtlichen Grundsätzen unter Berücksichtigung des zu subsumierenden Lebenssachverhaltes abzuleiten. Während die rechtsstaatlichen Prinzipien die Ermessens-tätigkeit binden, ergibt sich eine begrenzte Entscheidungsfreiheit aus der Analyse der verschiedenen zu verfolgenden Gesetzeszwecke. Dieser Dualismus führt zu der auf den ersten Blick widersprüchlichen Situation einer gleichzeitigen Freistellung und Bindung bei der Ermessens-tätigkeit⁴⁸. Eine eigentliche Wahlfreiheit besteht lediglich hinsichtlich einander horizontal zugeordneter Gesetzeszwecke. Eine generelle Zweckwahl ist aus rechtsstaatlichen Gründen abzulehnen. Der Gesetzgeber bestimmt die Gesetzeszwecke und ordnet sie einander zu. Solange die Hierarchie klar ist und kein echter Konflikt besteht, verwirklicht der Rechtsanwender die Gesetzeszwecke in der vom Gesetzgeber vorgesehenen Weise⁴⁹. Bei der Wahl der Mittel ist er an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden, der in die Elemente Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinne zerlegt wird. Im Laufe ihrer Anwendung kann sich ein gewisser eigenverantwortlicher Gestaltungsbereich ergeben, der aus ihrer relativen Unbestimmtheit hervorgeht. Der Gestaltungsbereich

46 Schmidt, Gesetzesvollziehung, 158.

47 Koch, Rechtsbegriffe, 136 ff.

48 Koch, Rechtsbegriffe, 163.

49 Vgl. Koch, Rechtsbegriffe, 164 ff.

der rechtsanwendenden Verwaltungsbehörde liegt also einerseits im Entscheidungsspielraum bei der oben umschriebenen Zweckwahl und andererseits im Gestaltungsbereich, der sich aus der Wahl der Mittel entsprechend dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt⁵⁰.

Ebenso wie die Ergänzung des Tatbestandes um weitere Tatbestandsmerkmale bei der Ermessensentscheidung ist auch die Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe an den Normzweck gebunden. Weitergehende, von der Norm her zu bestimmende Präzisierungen versagen auch bei den unbestimmten Begriffen. Zur Einordnung der neutralen Kandidaten hilft die systematische Auslegungsmethode nicht weiter. Die Vagheit kann nicht vom Kontext her überwunden werden⁵¹. Dagegen müssen bei der Konkretisierung die verfassungsrechtlichen Grundsätze und vor allem das Verhältnismässigkeitsprinzip eingehalten werden⁵².

Verhältnismässig ist die ins Ermessen gestellte Rechtsfolge, wenn sie geeignet ist, dem Gesetzeszweck zumindest näherzukommen, und das mildeste Mittel dazu darstellt. Ausserdem muss sie auch verhältnismässig im engeren Sinn sein. Beim unbestimmten Gesetzesbegriff kann an dessen Konkretisierung diese Forderung oft nicht gestellt werden. Im Verhältnis zu wem oder zu was soll z.B. das Bedürfnis oder das öffentliche Interesse proportional sein? Verhältnismässig hat die aus der Konkretisierung fließende Rechtsfolge zu sein, die aufgrund der Subsumtion des Lebenssachverhalts unter den mit einem unbestimmten Gesetzesbegriff umschriebenen Tatbestand eintritt. Sie muss verhältnismässig zum Gesetzeszweck sein⁵³.

Bedeutungslos für die jeweilige Gesetzesgebundenheit bleibt die Tatsache, dass bei unbestimmten Gesetzesbegriffen ein sprachliches Zeichen gesetzt wurde, beim Ermessen dagegen der Tatbestand ohne direkten Anhaltspunkt in der Norm zu ergänzen ist. Im Vagheitsbereich ist der unbestimmte Gesetzesbegriff ein uninterpretiertes Zeichen und enthält deshalb keine Angaben über seinen Inhalt. Der partielle semantische Bereich dient lediglich dazu, den Vagheitsbereich zu umreissen⁵⁴.

E. Gerichtliche Kontrolle

Der Umfang der gerichtlichen Kontrolle des Verwaltungshandelns in den Gestaltungsbereichen bestimmt sich einerseits nach der Aufgabe der Verwaltung und

50 Koch, Rechtsbegriffe, 170, dagegen beschränkt den Entscheidungsspielraum auf die Wahl der Mittel, wenn mehrere von ihnen dem Prinzip der Verhältnismässigkeit entsprechen.

51 Koch, Rechtsbegriffe, 174.

52 Koch, Rechtsbegriffe, 174.

53 Wie Koch, Rechtsbegriffe, 174, richtig feststellt, ist der Richtpunkt, auf den sich die Verhältnismässigkeit auszurichten hat, häufig verschwommen. Muss z.B. ein Bedürfnis nachgewiesen werden, das sich primär am Normzweck und an den verfassungsrechtlichen Grundsätzen orientiert, so ist damit zumeist auch das Problem der Verhältnismässigkeit geklärt.

54 Koch, Rechtsbegriffe, 175.

andererseits nach derjenigen der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Einzelne Worte und Begriffe sowie deren Stellung innerhalb der Norm können keinen Beitrag zur umfangmässigen Bestimmung der gerichtlichen Überprüfung leisten. Diese funktionale Betrachtungsweise, die sich vom begrifflichen Denken gelöst hat, wird von Ehmke vertreten⁵⁵. Ebenfalls funktionell umreisst Scholz den gerichtlichen Kontrollbereich. Er bestimmt allerdings den Umfang der Kontrolltätigkeit der Gerichte lediglich von der Aufgabe der Verwaltung her⁵⁶.

Sache der Verwaltung ist es, die vom Gesetzgeber entworfenen Regelungen eines Lebensbereichs in die Wirklichkeit umzusetzen und dabei die Einzelheiten auszugestalten. Die Gerichte dagegen kontrollieren anhand "der Leitsätze, Richtlinien, Voraussetzungen, Rechte und Verfahrenserfordernisse" das Handeln der Verwaltung, ohne selbst an ihre Stelle zu treten⁵⁷. Die Offenheit und Flexibilität der Normen hat zur Folge, dass die Gerichte den Umfang der Nachprüfung praktisch selbst festlegen⁵⁸. Sie richten sich dabei nach unterschiedlichen Gesichtspunkten, wie z.B. der Intensität des Rechtsschutzbedürfnisses, der Bedeutung der betroffenen Rechte, der Art des konkreten Verwaltungsverhältnisses, dem Gestaltungsauftrag der Verwaltung, der Natur der zu überprüfenden Sache, der juristischen und fachlichen Qualität der verfügenden Behörde oder der Notwendigkeit nach einer klärenden Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung⁵⁹. Es kann also keine bestimmte, allgemeingültige Anweisung zum Ausmass der richterlichen Überprüfungsbefugnis erteilt werden. Der Umfang richtet sich prinzipiell nach der Funktion, welche die dem Verwaltungsakt zugrundeliegende Norm der Behörde zuteilt. Der Verwaltungsrichter setzt deshalb weitgehend in eigener Verantwortung die Grenzen der Überprüfbarkeit fest. Er hat dabei die selbständige Stellung der Verwaltung anzuerkennen und zu respektieren. Die Verwaltungsgerichte operieren im Spannungsfeld zwischen Verhinderung von Willkürakten und der Nichteinmischung in Fragen der technischen Zweckmässigkeit. Obwohl sich der Richter zugunsten einer leistungsfähigen Verwaltung Zurückhaltung auferlegt, muss er das Rechtsschutzinteresse der Bürger wahren⁶⁰.

Vor allem sind die verfahrensrechtlichen Aspekte des Konkretisierungsvorganges von den Verwaltungsgerichten zu überprüfen. Grundsätzlich soll der Entscheidungsprozess der richterlichen Kontrolle unterliegen⁶¹. Damit soll – nach Scholz – der Verwaltung garantiert bleiben, dass sie innerhalb des Gestaltungsbereichs ihre

55 Ehmke, Ermessen, 45.

56 Scholz, Verwaltungsverantwortung, 170 ff., 179.

57 Ehmke, Ermessen, 40.

58 Ehmke, Ermessen, 45 f.

59 Ehmke, Ermessen, 46 f.

60 Ehmke, Ermessen, 47.

61 Für Scholz, Verwaltungsverantwortung, 170 ff., 174 ff., entzieht sich die inhaltliche Ermessensausübung dem Gericht. Auch Schmidt-Eichstaedt, Ermessen, 178 f., betont, dass die Verwaltung zur Beurteilungsentscheidung innerhalb der vom Gesetz aufgestellten generalisierenden und unabwägbaren Grenzen allein zuständig ist. Die Kompetenz der Gerichte beginnt erst dort, wo es nicht um die bessere Meinung, sondern um Rechtmässigkeit geht.

eigenen Massstäbe setzen kann. Die gerichtliche Entscheidungskontrolle erstreckt sich lediglich auf die konsequente Befolgung der verwaltungseigenen Massstabsgerechtigkeit⁶². Ohne Einschränkung dagegen überprüfe das Verwaltungsgericht die Übereinstimmung der verwaltungseigenen Massstabssetzung mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen wie dem Willkürverbot, dem Gleichbehandlungsgebot, der Verhältnismässigkeit usw.⁶³.

Ehmke bestimmt den Umfang der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung konsequent von den Funktionen der Organe – Verwaltung, Verwaltungsgericht – her. Scholz indessen zieht verfahrensrechtliche Aspekte in seine Überlegungen mit ein. Auch er stellt dabei allerdings die Aufgabe der Verwaltung und nicht den Ermessensbegriff in den Vordergrund. Die Begrenzung der gerichtlichen Kontrolltätigkeit begründet er letztlich kompetenziell. Dennoch bleibt der Verdacht bestehen, dass der begriffliche Ansatzpunkt nicht völlig überwunden ist, sondern untergründig noch mitschwingt. Im Gegensatz dazu macht Bullinger⁶⁴ den Umfang der Überprüfungsbefugnis von der Gefahr einer Verletzung der grundrechtlichen Positionen durch das Verwaltungsorgan abhängig⁶⁵. Damit verlässt er den funktionalen Ansatz und setzt den Umfang der Kontrollbefugnis mit der tatsächlich möglichen Verfassungsverletzung in Beziehung.

IV. Unbestimmter Gesetzesbegriff und Ermessen, eingebettet in die gesamte Rechtskonkretisierung

Rhinow geht noch einen Schritt weiter als die im vorangehenden Abschnitt dargelegten Theorien. Er sieht im Anschluss an Walter Schmidt in der Ermessensproblematik eine Unbestimmtheit des Tatbestandes. Der Verwaltung obliegt es, dessen massgebende Merkmale zu entwickeln. Die Gegenüberstellung von dem Subsumtionsideal unterliegender Tatbestandsseite und der freien Gestaltung anheimgestellter Rechtsfolgeseite widerspreche den Erkenntnissen der Methodenlehre. Rhinow postuliert, die Diskussion über die Unbestimmtheit von der deutschen Lehre und Rechtsprechung zu lösen, die grundsätzlich von den Kategorien bestimmter, unbestimmter Gesetzesbegriff mit Beurteilungsspielraum und Ermessen ausgeht, und auf einer anderen Ebene fortzufahren⁶⁶.

62 Scholz, *Verwaltungsverantwortung*, 181.

63 Scholz, *Verwaltungsverantwortung*, 175, 182 f.

64 Bullinger, *Ermessen*, 771, geht ebenfalls bei der Festsetzung des Umfanges der gerichtlichen Kontrolle von der spezifischen Funktion der Verwaltung aus, wenn er betont, dass das Gericht bei Ermessensentscheidungen nicht an die Stelle der Verwaltung treten dürfe, da es den Entscheidungsvorgang nicht gänzlich nachvollziehen kann oder weil bereits das Verwaltungsverfahren eine qualifizierte Urteilsbildung erlaube.

65 Vgl. Bullinger, *Ermessen*, 772.

66 Rhinow, *Rechtsetzung*, 63.

Nach Rhinow ist von der Erkenntnis auszugehen, dass jede Norm der Auslegung bedarf und dass es im Grunde nicht um die Auslegung mehr oder weniger bestimmter Begriffe geht, sondern um die Konkretisierung der vom Gesetzgeber aufgestellten Normprogramme. Der Wille des Gesetzgebers soll mit Hilfe der Verwaltung seine Verwirklichung in den Lebensbereichen finden.

Jede Normanwendung wird durch eigene Wertungsanteile der Verwaltung geprägt. Bereits Giacometti⁶⁷ betonte bei Kompetenz- und Blankettnormen die bewertende und schöpferische Aufgabe der Verwaltung. Der Inhalt dieser Normen sei durch den Zweck des Gesetzes, die *ratio legis*, näher zu bestimmen, die auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln sei. Giacometti erkannte, dass "solche bewertende und damit schöpferische Funktionen der Verwaltungsorgane in grösserem oder kleinerem Umfange bei jeder Rechtsanwendung und jeder Verwaltungstätigkeit vorkommen"⁶⁸. In besonderem Masse sei dies der Fall, wenn die Voraussetzungen des Verwaltungshandelns mit unbestimmten Begriffen umschrieben werden. Ihre Auslegung umfasst deshalb auch in höherem oder geringerem Grade eine wertende Tätigkeit. Das schöpferische Moment, welches die Verwaltungstätigkeit in der Gestalt des Tatbestands- und des Auslegungsermessens enthält, liegt im Wesen der Rechtsanwendung als Konkretisierung und Individualisierung generell abstrakter Normen⁶⁹.

Das Hauptproblem besteht in der Bestimmung des Wertungsvorranges der Verwaltung vor dem Gericht. Es stellt sich die Frage, inwieweit die Konkretisierungstätigkeit der Verwaltung gerichtlich überprüfbar ist. Ist sie vollumfänglich auf Rechts- und Zweckmässigkeitsüberlegungen hin nachprüfbar, oder hat sich der Richter zu beschränken? Bei der Festlegung des Umfanges der gerichtlichen Kontrolle hilft die Unterscheidung von unbestimmten Begriffen und Ermessen nicht weiter. Rhinow glaubt, dem Problem durch die Bildung von Typen und Fallgruppen im Bereich der Ermessenstatbestände näherkommen zu können⁷⁰.

Einen Ansatz sieht er in der Theorie Schmidts, welche auf die rechtssetzende Ermessensbetätigung abstellt⁷¹. Das Rechtsstaatsprinzip, insbesondere das Gleichbehandlungsgebot, fordert eine Regelbildung bei offenen Normen, seien sie nun unbestimmt aufgrund von Ermessensermächtigungen oder aber aufgrund unbestimmter Gesetzesbegriffe. Hat die Verwaltung solche Regeln gebildet, ist der Richter auf die Rechtskontrolle verwiesen. Sie umfasst die Überprüfung der aufgestellten Regeln auf ihre Übereinstimmung mit den vorgegebenen Prämissen. Zu beachten ist, dass die vollziehende Gewalt generell zum Gesetzesvollzug durch Rechtssetzung besser geeignet ist als die Judikative. Dadurch soll nicht der Rechts-

67 Giacometti, Allgemeine Lehren, 67 f.

68 Giacometti, Allgemeine Lehren, 68.

69 Für Giacometti, Allgemeine Lehren, 74, steht aber das Rechtsfolgeermessen in einem absoluten Gegensatz zur wertenden Tätigkeit, die bei den anderen Stadien der Rechtsanwendung in Frage kommt, d.h. also beim Auslegungs- und Tatbestandsermessen.

70 Rhinow, Rechtsetzung, 64.

71 Vgl. vorne S. 35 ff.

schutz des Bürgers begrenzt, sondern lediglich der Leistungsfähigkeit der Gerichte zu Prognoseentscheidungen Rechnung getragen werden⁷².

Das Ermessen umschreibt den Grad der Bindung der Verwaltung an das Gesetz. Damit dient der Ermessensbegriff der Abgrenzung justizmässiger Überprüfung von Verwaltungsakten gegenüber der nicht mehr überprüfbaren eigenen Wertung der Verwaltung⁷³. Er charakterisiert sich als Delegationstatbestand zur eigenständigen Wertung bei der Rechtsgewinnung. Innerhalb seines Bereichs wird nach Wertungs- und Handlungsbefugnissen und nicht nach logischen Kriterien entschieden.

Materiellrechtlich ist der Ermessen ausübende Rechtsanwender in besonderem Masse zur Konkretisierung offener Normen aufgerufen⁷⁴. Prozessrechtlich stellt sich das Problem, wer in welchem Umfang die Ermessensausübung kontrolliert. Bereits Erichsen⁷⁵ stellte die Frage in den Vordergrund, inwieweit der Rechtsanwender durch unbestimmte Gesetzesbegriffe bei der Anwendung einer Norm determiniert sei, und umschrieb die Abgrenzung von Verwaltungstätigkeit und Gerichtsbarkeit kompetenziell.

Für die Bestimmung der Grenzen der gerichtlichen Überprüfung liegt ein mögliches Kriterium im speziellen Charakter der Ermessensermächtigung sowie in den Funktionen des rechtsanwendenden Organs und seiner Kontrollinstanz⁷⁶. Dabei ist der Auftrag zur eigenverantwortlichen Rechtsfindung zu berücksichtigen. Die eigenverantwortliche Wertung wurde bisher auf die Ermessensausübung beschränkt. Es liegt aber in jedem Akt der Normkonkretisierung Ermessen, soweit es auf die Existenz eigenverantwortlicher Wertungsanteile fixiert ist. Ermessen ist deshalb nicht der Antitopos zur Auslegung. Rhinow⁷⁷ beschränkt den Ermessensbegriff auf diejenigen Unbestimmtheitstatbestände, bei denen der eigenverantwortliche Wertungsanteil so spezifisch von dem Ermessen ausübenden Organ abhängt, "dass die Entscheidung von keiner übergeordneten Instanz nachvollzogen werden kann". Durch diese limitierte Kontrollbefugnis – und nicht durch mangelnde Gesetzesdeterminierung – ist das Ermessen gekennzeichnet. Das übergeordnete Kontrollorgan überprüft bei Ermessenstatbeständen nur die Einhaltung der Grenzen der gesetzlichen Delegation. Die Ermessensproblematik ist eine Frage "des gegenseitigen Verhältnisses von Funktionsträgern im Rahmen des Rechtsverwirklichungsprozesses".

Unbestimmte Gesetzesbegriffe und Ermessen sind als offene Normen genauso wie die "gewöhnlichen" Rechtssätze in die gesamte Rechtskonkretisierung einbezogen. Ermessen als eigenverantwortlicher, nicht überprüfbarer Wertungsanteil liegt nur da vor, wo das zur Kontrolle aufgerufene Organ die Wertung nicht nach-

72 Rhinow, Rechtsetzung, 64.

73 Rhinow, Rechtsetzung, 62. Erichsen, unbestimmter Rechtsbegriff, 337 ff., sieht ebenfalls das Problem der unbestimmten Gesetzesbegriffe und des Ermessens unter seiner Aktualisierung in der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.

74 Rhinow, Rechtsetzung, 69.

75 Erichsen, unbestimmter Rechtsbegriff, 339.

76 Vgl. dazu auch Ehmke, Ermessen, 45 ff.; vgl. vorne S. 37 ff.

77 Rhinow, Rechtsetzung, 70 f.

vollziehen kann. Da der unüberprüfbare Wertungsanteil unabhängig von der Formulierung der Rechtsnorm -- unbestimmter Gesetzesbegriff oder Ermessen -- besteht, soll im folgenden von einem eigenverantwortlichen Gestaltungsbereich gesprochen und nicht mehr zwischen Ermessen und unbestimmtem Gesetzesbegriff unterschieden werden.

§ 6 Schlussfolgerungen

I. Bedeutung offener Normen

Wird die Tätigkeit des Rechtsanwenders als integrale Rechtskonkretisierung verstanden, so besteht zwischen der Rechtsanwendung aufgrund von bestimmten Normen und derjenigen, die sich auf offene Normen stützt, kein qualitativer Unterschied. Der Interpret hat seine Konkretisierungstätigkeit immer auf das Rechtsganze auszurichten. Die verfassungsrechtlichen Prinzipien und Grundentscheidungen durchdringen in jedem Fall die Rechtsgewinnung.

Die neuere Hermeneutik zeigt auf, dass jede Rechtsgewinnung einen schöpferischen Akt der rechtsanwendenden Instanz beinhaltet. Auch hierin sind Auslegung und Lückenfüllung miteinander verwandt. Ebenso weicht das methodische Vorgehen bei der Gesetzesauslegung nicht grundlegend von demjenigen ab, welches von der traditionellen Methodik bei der Lückenfeststellung und -füllung gefordert wird¹. Die Offenheit der Argumentation, die Unmöglichkeit, Auslegung als blossen Deduktionsvorgang innerhalb eines alles umfassenden Systems zu verstehen, hat vor allem die Topik hervorgehoben. Damit soll aber nicht jegliches systematisches Denken abgelehnt werden, sondern die Rechtsgewinnung soll lediglich für neue, ausserhalb des Systems liegende Problemstellungen offenbleiben².

Wer von einer einheitlichen Schau der Rechtsgewinnung ausgeht, muss letztlich die qualitative Trennung in Auslegung und Lückenfüllung als zwei gänzlich verschiedene Prozesse verwerfen. Die Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe und das Ermessen sind eingebettet in die gesamte Rechtskonkretisierung. Damit wird auch die Unterscheidung in Tatbestands- und Rechtsfolgeermessen unerheblich. Bedeutung erhält die Offenheit einer Norm, sei es nun auf der Rechtsfolgeseite oder aber auf der Tatbestandsseite, allenfalls nur in bezug auf die Überprüfungsmöglichkeiten der Konkretisierung durch ein übergeordnetes Organ.

Nicht die rechtliche Unbestimmtheit einer offenen Norm an sich ist von Bedeutung, sondern die Funktion des damit dem Rechtsanwender gewährten Gestaltungsbereichs, der ihm einen gewissen Wertungs- und Entscheidungsvorrang einräumt. Die Offenheit bedeutet eine "Abgrenzungsfunktion". In diesem Bereich entzieht sich die erfolgte Rechtskonkretisierung der vollen Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz. Trotzdem ist bei einem vorbehaltenen Gestaltungsbereich Recht vorgegeben, das den Rahmen dieses Raumes abgrenzt. Die prozessual nachgeordnete Instanz ist aufgerufen, diesen durch das Recht gesetzten Rahmen und dessen Einhaltung zu überprüfen. Er stellt ausserdem die Schranke der Überprüfung dar. Die innerhalb dieser Grenzen gefundene Entscheidung steht in der Eigenverantwortung des ursprünglich zur Rechtsanwendung kompetenten Organs. Der vom Gesetzgeber

¹ Vgl. auch Meier-Hayoz, Aspekte, 419.

² Auch Troller, Gesetz, 30, hält topisches und Systemdenken für miteinander vereinbar.

vorbehaltene Entscheidungsanteil an der Normkonkretisierung ist für das Kontrollorgan unantastbar³.

Die funktionellrechtliche Funktion der offenen Normen zeigt sich auch in der jeweils von den Gerichten geübten Zurückhaltung bei der Überprüfung der in diesen Bereichen von der Vorinstanz getroffenen Entscheidung. Als Argumente werden häufig ein spezieller Beurteilungsspielraum, die grössere Nähe zu der zu beurteilenden Sache, das spezielle Fachwissen oder die besondere Zusammensetzung der Vorinstanz angeführt⁴.

Die Offenheit einer Norm ist somit eine Frage der Aufgabenverteilung zwischen Normsetzer und Normvollzieher⁵. Mit der normativen Unbestimmtheit ex ante werden Entscheidungsbefugnisse und damit Rechtssetzungskompetenzen delegiert. Bei jeder Rechtsgewinnung, sei es aufgrund von offenen Normen oder bei der Auslegung von bestimmten Rechtssätzen, hat der Interpret die Funktion des Normtextes zu analysieren. Er muss immer wieder neu die Bedeutung der Offenheit klären. Der Umfang der gerichtlichen Überprüfung ist also nicht vom Normbegriff – z.B. vom Ermessensbegriff – her bestimmbar, sondern die Funktion der Norm beeinflusst das Ausmass der Kontrolltätigkeit.

II. Einfluss der Beurteilung des Erkenntnisvorgangs und der Würdigung der Steuerungskraft der Verfassung

Die traditionelle Lehre, die zwischen Auslegung und Lückenfüllung einen qualitativen Unterschied macht, unterscheidet klar zwischen der Auslegung bestimmter Begriffe, der Rechtsgewinnung aufgrund unbestimmter Gesetzesbegriffe und der Ermessenstätigkeit. Dabei wird je nach Betrachtungsweise der unbestimmte Begriff dem bestimmten zugeordnet und als Auslegungsobjekt bezeichnet, oder er wird als eigenständige Erscheinung gewürdigt.

Mit der Einführung des Beurteilungsspielraumes beim unbestimmten Gesetzesbegriff findet eine Annäherung an das Ermessen statt, ohne jedoch die Grenzen zwischen unbestimmtem Begriff und Ermessen aufzuheben. Sowohl die Vertreter der Lehre, welche die Eigenständigkeit des unbestimmten Gesetzesbegriffes betonen, als auch diejenigen, welche ihn dem Ermessen nahestellen, zählen die Konkretisierung unbestimmter Begriffe ebenso wie die Ermessenstätigkeit zur Lückenfüllung. Sie verlangen jedoch, je nachdem, ob die Rechtsfindung aufgrund eines unbestimmten Gesetzesbegriffs oder mittels einer Ermessensermächtigung erfolgt, ein verschiedenes Vorgehen. Die Lückenfüllung bei unbestimmten Begriffen sei auf eine Regelbildung auszurichten, wogegen bei der Ermessenstätigkeit die Einzelfall-

3 Rhinow, Rechtsetzung, 178 f.

4 Vgl. BGE 102 Ib 242; 101 Ib 367; VPB 1981/45 Nr. 23; 1978/42 Nr. 20.

5 Geitmann, Bundesverfassungsgericht, 22 ff., 51 ff.

gerechtigkeit das oberste Gebot darstelle. Die Anerkennung einer einheitlichen Ermessensermächtigung – unabhängig davon, wie die gesetzliche Offenheit zustande kommt – lässt dagegen die Unterscheidung zwischen Lückenfüllung *modo legislatoris* und Ermessenstätigkeit fallen. Bei der Konkretisierung beider gelten letztlich dieselben verfassungsrechtlichen Prinzipien. Die integrale Interpretation überwindet schliesslich selbst den “Gegensatz” zwischen Auslegung und Lückenfüllung; damit wird jede qualitative Unterscheidung hinfällig. Die unbestimmten Gesetzesbegriffe und das Ermessen werden in die gesamte Rechtskonkretisierung einbezogen. Ihre Konkretisierung unterscheidet sich nicht mehr grundsätzlich von der “gewöhnlichen” Auslegung.

Das Verhältnis zwischen bestimmtem und unbestimmtem Gesetzesbegriff sowie Ermessen darf nicht isoliert betrachtet werden. Es ist einerseits abhängig von der Beurteilung des Erkenntnisvorganges bei der Auslegung und andererseits von der den Verfassungsgrundsätzen zuerkannten Steuerungskraft. Hält man es wie in der klassischen Doktrin für möglich, dass mit einem entsprechenden Auslegungsinstrumentarium jeder Interpret zur einzig richtigen Lösung gelange, muss konsequenterweise die Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe und noch viel mehr die Ermessenstätigkeit klar von der Auslegung geschieden werden, da wegen ihrer Unbestimmtheit eine einzig richtige Interpretation unmöglich ist. Liegt dagegen bereits in der Auslegung ein schöpferischer Akt und orientiert sie sich am Rechtsganzen und nicht bloss am einzelnen Rechtssatz, vollzieht sich grundsätzlich bei der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe und der Ermessenstätigkeit der gleiche Erkenntnisprozess. Ein Mittelweg wird beschritten, wenn zwischen Auslegung und Lückenfüllung unterschieden wird, Konkretisierung von unbestimmten Begriffen und Ermessen einander aber gleichgesetzt werden, da bei beiden die Steuerungskraft der Verfassung und der Gesetze betont wird.

Die Beurteilung des Erkenntnisvorganges bei der Auslegung bestimmt auch die Begründung der Kontrollbefugnis der Verwaltungsgerichte. Während die traditionelle Lehre für die Festlegung des Überprüfungsbereichs an den normativen Begriffen anknüpft, bestimmt sich die Kontrolltätigkeit bei einer Ausrichtung auf das Rechtsganze funktionell.

Vor dem Hintergrund dieser theoretischen Ausführungen soll im folgenden eine empirische Analyse wirtschaftspolitischer Bewilligungen versucht werden, deren Voraussetzungen mit unbestimmten Begriffen umschrieben oder in das Ermessen der Verwaltung gestellt sind. Es sollen die Rechtswirklichkeit an den verschiedenen theoretischen Konzeptionen gemessen und Theorie und Wirklichkeit zueinander in Relation gesetzt werden.

II. KAPITEL

Analyse des praktischen Umgangs mit offenen Normen am Beispiel von Entscheidungen über wirtschaftspolitische Bewilligungen

§ 1 Allgemeine Ausführungen

Anhand verschiedener “wirtschaftspolitischer” Bewilligungen, deren Voraussetzungen durch offene Normen festgelegt werden, sollen die theoretischen Ausführungen verifiziert werden. Es geht darum, den tatsächlichen Konkretisierungsvorgang aufzuzeigen und zu untersuchen, auf welche Kriterien und Steuerungsinstrumente sich die Vollzugsbehörden ausrichten. Der Entscheidungsweg und die konkrete Entscheidungsfindung stehen dabei im Vordergrund. Mit diesem Untersuchungsansatz nahe verwandt ist die Implementationstheorie¹. Auf sie soll kurz verwiesen werden.

I. Die empirische Untersuchung

A. Untersuchungsobjekt und -ziel

Die Untersuchung ist auf “wirtschaftspolitisch motivierte” Bewilligungen beschränkt, unter denen zusätzlich eine Auswahl getroffen werden muss. Wirtschaftspolitik bedeutet Lenkung des privaten Wirtschaftsablaufs. Sie nimmt Einfluss auf die Marktwirtschaftsordnung, wo diese ergänzungsbedürftig erscheint². Die Volkswirtschaftler zählen grundsätzlich jegliche Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs durch staatliche Massnahmen zur Wirtschaftspolitik, unabhängig davon, ob diese polizeilich oder sozialpolitisch motiviert sind oder ob sie primär ergriffen werden, um den Wettbewerb zu steuern. Die Juristen unterscheiden dagegen zwischen polizeilichen, sozialpolitischen und wirtschaftspolitischen Massnahmen. Sie gehen dabei von den Zielen aus, die hauptsächlich verfolgt werden, und vernachlässigen allfällige Nebenwirkungen³. Lediglich wirtschaftspolitische Massnahmen werden primär zum Zweck der Wirtschaftslenkung erlassen. Innerhalb dieser ist zudem zwischen Massnahmen zu unterscheiden, die mit der Handels- und Gewerbefreiheit konform sind, und solchen, die von ihr abweichen⁴.

1 Vgl. dazu Mayntz, Implementation; Knoepfel, Vollzugsforschung; Steinmann, Unbestimmtheit.

2 Fritz Gygi, Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981, 100.

3 Hans Marti, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel/Stuttgart 1976, 138 f.

4 Fritz Gygi, Wirtschaftsverfassungsrecht, a.a.O., 103.

Die vorliegende Analyse konzentriert sich auf wirtschaftspolitische Bewilligungen, die das Bundesrecht vorsieht und die durch die Bundesverwaltung direkt oder unter deren Mitwirkung erteilt werden. Die untersuchte Konkretisierungsaufgabe liegt somit allein bei der Bundesverwaltung. Die Entscheidungen von Kantonen werden nicht einbezogen. Ausserdem zeichnen sich die berücksichtigten Bewilligungen darin aus, dass ihre Erteilungskriterien im Bundeserlass offen verankert sind, d.h., sie sind nicht aufgrund einer "einfachen Auslegung" direkt erfassbar. Primär soll ermittelt werden, wie sich der Konkretisierungsvorgang abwickelt, nach welchen Kriterien und Richtlinien sich die Vollzugsorgane ausrichten und wie sie mit der Offenheit umgehen. Die gesetzliche Grundlage bilden jeweils Gesetze im formellen Sinn und Verordnungen, in einem Fall auch Statuten. Dabei ist es von untergeordneter Bedeutung, auf welcher Rechtssetzungsstufe die offenen Normen erlassen wurden. Die Konkretisierungsaufgabe stellt sich in allen Fällen grundsätzlich ähnlich. Die Offenheit wird an der Nahtstelle zwischen Rechtssetzer und Rechtsanwender analysiert.

Die Untersuchung will die Konkretisierungstätigkeit der Vollzugsorgane beleuchten und nicht die verfassungsmässige Verankerung der Massnahmen analysieren. Aus diesem Grund wird auf Ausführungen zur Verfassungsmässigkeit der Erlasse und zur Zuständigkeitsproblematik verzichtet. Das Untersuchungsobjekt ist die Konkretisierungstätigkeit der Verwaltungsinstanzen und nicht der betreffende Erlass und dessen Inhalt. Die Analyse hat bei den anzuwendenden Normen anzusetzen, um anschliessend die Bewilligung in den rechtlichen Gesamtzusammenhang zu stellen und daran die Konkretisierung zu messen.

B. Das Vorgehen

Der konkreten Untersuchung wird der für die Bewilligungserteilung zentrale Rechtsatz vorangestellt. Da das Konkretisierungsproblem immer in den Gesamtzusammenhang eines Rechtsgefüges zu stellen ist und nicht isoliert aufgrund einer Norm erfasst werden kann⁵, wird zunächst das Bewilligungssystem erklärt. Hier kann es nicht darum gehen, die gesetzliche Ausgestaltung bis in alle Verästelung darzulegen. Es werden lediglich die für die Untersuchung wichtigsten Aspekte aufgezeigt, um darauf den Zweck des Bewilligungssystems zu beleuchten. Auch dabei muss der Klarheit wegen das Gewicht auf die Hauptziele gelegt werden. Anschliessend wird der Offenheit, deren Vorkommen sowie ihrer funktionalen Bestimmung nachgegangen. Die Analyse der Funktion der offenen Norm ist zur Erfassung der Bindungen des Rechtsanwenders wesentlich, die sich aus den unterschiedlichen Funktionen des Normtextes und des zu konkretisierenden Rechts insgesamt als auch aus der Stellung und Funktion des konkretisierenden Organs ergeben⁶.

⁵ Vgl. Rhinow, Rechtsetzung, 126 ff.

⁶ Rhinow, Rechtsetzung, 164.

Diesen Untersuchungen anhand des Gesetzestextes, der Materialien und der juristischen Literatur folgt die Darstellung der Konkretisierungstätigkeit der Verwaltungsbehörden. In der Regel wird der Vollzug der Erstinstanz aufgezeigt, also desjenigen Organs, an das sich der Gesuchsteller als erstes richtet und das ihm die Bewilligung zunächst erteilt bzw. verweigert. Da zur Tätigkeit dieser Instanzen kaum Präjudizien Sammlungen, Literatur oder andere Aufzeichnungen bestehen, musste auf Auskünfte und zum Teil – soweit die Möglichkeit bestand – auf unveröffentlichte Verfügungen abgestellt werden. Fehlen bei den Ausführungen über den Vollzug Quellenangaben, stützen sie sich auf im persönlichen Gespräch erteilte Auskünfte.

Abschliessend erfolgt eine Beurteilung der Konkretisierungstätigkeit, die durch die allgemeinen Betrachtungen im IV. Kapitel vertieft wird.

II. Konkretisierungsanalyse und Implementationstheorie

Die Implementationslehre befasst sich mit der Durchführung bzw. Anwendung der Gesetze und anderen Handlungsprogrammen⁷. Implementation ist der „Inbegriff sämtlicher administrativer und gesellschaftlicher Prozesse, die für die Umsetzung der politischen Programmatik in ein zielkonformes, politisch angestrebtes Verhalten der Normadressaten erforderlich sind“⁸.

Die Implementation ist die letzte Phase des Prozesses problemlösender Politik, der mit der Problemwahrnehmung und -definition beginnt und in der Umsetzung in die Wirklichkeit endet⁹. Dabei stellt sich die Hauptfrage, welchen Einfluss Art und Struktur der Verwaltungsprogramme, die Organisation, die Verfahrensweise des Vollzugs und die sozioökonomischen Gegebenheiten im Verwaltungsraum auf die Qualität administrativer Umsetzung von Gesetzgebungsakten haben¹⁰. Die Implementationsforschung befasst sich mit den realen Ergebnissen und Bestimmungsfaktoren des Verwaltungsvollzugshandelns. Solche Faktoren können sein das erlassene Verwaltungsprogramm, also Gesetz und Verordnung usw.¹¹, Struktur der Durchführungsinstanzen und der Adressatengruppe¹². Das Hauptziel der Implementationsforschung ist die ursächliche Klärung von Diskrepanzen zwischen Norm und Wirklichkeit, zwischen Programmziel und tatsächlich erzeugter Wirkung¹³.

7 Mayntz, Implementation, 51.

8 Knoepfel, Vollzugsforschung, 12 f.

9 Steinmann, Unbestimmtheit, 134.

10 Knoepfel, Vollzugsforschung, 13.

11 Knoepfel, Vollzugsforschung, 36.

12 Vgl. dazu Steinmann, Unbestimmtheit, 131 ff.

13 Mayntz, Implementation, 51.

In der vorliegenden Arbeit soll lediglich die Konkretisierung einer unbestimmten Programmformulierung diskutiert werden. Im Mittelpunkt stehen dabei der Erkenntnisakt und seine Umsetzung in die Wirklichkeit. Konkretisieren heisst mehr als bloss erkennen¹⁴. Der Konkretisierungsvorgang umfasst sowohl Erkennen als auch Entscheiden. Dazu muss das im Rechtssatz niedergelegte Programm dechiffriert werden, was einen unabschliessbaren Prozess bedeutet¹⁵. Da die Erkenntnis nicht objektiv, sondern von der subjektiven personalen Existenz abhängig ist, muss auch der Konkretisierungstätigkeit der Verwaltungsbehörden eine gewisse Dynamik eigen bleiben, die aber keineswegs willkürliches Handeln erlaubt. Einerseits geht es darum, bereits Gedachtes nachzuvollziehen, andererseits muss der konkrete Sachverhalt erkannt und zum Rechtsganzen in Beziehung gesetzt werden. Bereits im Nachdenken liegt ein Aktivum. Der Rechtsanwender tritt mit einer Erfahrungswelt, tatsächlicher als auch juristischer Art, an den Text heran. Letztlich wird er, der Recht vollzieht, gleichzeitig zum Rechtssetzer. Indem er im Einzelfall das vom Gesetzgeber Gewollte realisiert, führt er es gleichsam weiter und setzt Recht¹⁶.

Der im folgenden an verschiedenen Beispielen zu untersuchende Konkretisierungsakt ordnet sich in die Implementation ein, er stellt einen Teilaspekt der Implementation dar.

14 Vgl. vorne S. 25.

15 Vgl. Karl Jaspers, *Chiffren der Transzendenz*, München 1970, 7 ff.

16 Vgl. auch Rhinow, *Rechtsetzung*, 232 f.

§ 2 Die untersuchten Konkretisierungsprozesse

I. Futtermittelkontingentierung

A. Das Bewilligungssystem

Der Import gewisser Futtermittel unterliegt der Kontingentierung, d.h., ihre Einfuhr ist mengenmässig nur in beschränktem Umfang zulässig. Die Einfuhrbeschränkungen stützen sich auf Art. 19 des Landwirtschaftsgesetzes¹ und das Bundesgesetz über aussenwirtschaftliche Massnahmen². Im Detail nennt die vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement (EVD) erlassene Verordnung über die Beschränkung der Einfuhr von Futtermitteln³ diejenigen Produkte, welche der Kontingentierung unterstehen. Die verfassungsmässige Grundlage bildet primär Art. 31 bis Abs. 3 BV. Beteiligt an der Durchführung der Importbeschränkungen sind das EVD sowie die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel (GGF).

1. Aufgaben des EVD

Das EVD legt quartalsweise die jeweils zulässigen Einfuhrmengen fest⁴. Vorgängig hört es den Vorstand der GGF an.

2. Aufgaben der GGF

2.1. Exkurs: Rechtsform der GGF

Die GGF ist eine öffentlich-rechtliche Genossenschaft (Art. 829 OR)⁵. Als Mitglieder können ihr nur Personen und Firmen beitreten, die in der Schweiz niedergelassen, im Handelsregister eingetragen und in der Lage und willens sind, Waren

1 Bundesgesetz über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes (Landwirtschaftsgesetz) vom 3. Oktober 1951, SR 910.1.

2 Bundesgesetz über aussenwirtschaftliche Massnahmen vom 25. Juni 1982, SR 946.201. Die Beschränkungen stützen sich insbesondere auf Art. 1 der Verordnung über den Warenverkehr mit dem Ausland vom 7. März 1983, SR 946.201.1.

3 Art. 2 der Verordnung über die Beschränkung der Einfuhr von Futtermitteln vom 27. Dezember 1978, SR 916.112.217.

4 Art. 4 der Verordnung über die Beschränkung der Einfuhr von Futtermitteln, SR 916.112.217; Herrmann, Aussenhandelsrecht, 8.

5 Art. 1 des Bundesbeschlusses über die schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel vom 17. Dezember 1952, SR 916.112.218.

regelmässig zu importieren⁶. Sie müssen einen einwandfreien Ruf haben und Gewähr bieten, dass die von den Bundesbehörden für den Bereich der GGF aufgestellten Vorschriften und die mit der Erteilung der Kontingente bzw. Ermächtigungen zur Verzollung oder zur Einfuhr eingegangenen Bedingungen eingehalten werden. Ausserdem müssen sie die Voraussetzungen für die Eröffnung von Einzelkontingenten⁷ oder für die Erteilung von befristeten Ermächtigungen zur Verzollung oder von Einfuhrbewilligungen⁸ erfüllen. Ihren Sitz hat die Genossenschaft in Bern. Sie ist im Handelsregister eingetragen⁹. Ihre Statuten, in denen sie ihre Organisation und Tätigkeit regelt, bedürfen der Genehmigung des Bundesrates, die konstitutiver Natur ist¹⁰. Sie steht generell unter der Aufsicht des Bundesrates und ist verpflichtet, seinen Weisungen nachzukommen¹¹. Dem EVD wird in Art. 5 der Statuten bezüglich der Kontingentierung ein Weisungsrecht eingeräumt.

2.2. Tätigkeit der GGF im allgemeinen

Der GGF sind handels-, agrar- und versorgungspolitische Pflichten auferlegt. "Ihr obliegt die Durchführung von Aufgaben in den Bereichen der Einfuhr, des Einkaufs, der Verteilung, der Erhebung von Abgaben und Zuschlägen im Inland und von Massnahmen zur Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern."¹²

Auf dem Futtermittelimport besitzt sie ein Monopol¹³. Im Normalfall tritt die GGF allerdings nur gerade beim Grenzübergang in Funktion, indem sie die Ware vor der Grenze von den Importeuren kauft, um sie ihnen im Inland wieder zu verkaufen¹⁴. Zur Importtätigkeit sind ausschliesslich Mitglieder der GGF zugelassen. Sie haben sich an die Verträge über den Kauf und Rückkauf mit der GGF und die daran geknüpften Bedingungen und Auflagen zu halten¹⁵. Soweit der Import kontingentiert ist, ist die GGF für die Verteilung der Einzelkontingente auf ihre Mitglieder zuständig¹⁶.

6 Art. 4 der Statuten der GGF.

7 Art. 5 Abs. 1 lit. b und e, Abs. 1bis und Abs. 2 der Statuten der GGF.

8 Art. 8 Abs. 1 lit. b–d der Statuten der GGF.

9 Art. 1 des Bundesbeschlusses über die GGF, SR 916.112.218.

10 Art. 3 des Bundesbeschlusses über die GGF, SR 916.112.218; Art. 41 der Statuten der GGF.

11 Art. 42 der Statuten der GGF.

12 Weber, Aussenhandelsgesetzgebung, 118; vgl. auch Horber, Agrarimportkonzeption, 109.

13 Art. 19 der Verordnung über wirtschaftliche Bestimmungen des Landwirtschaftsgesetzes (Allgemeine Landwirtschafts-Verordnung) vom 21. Dezember 1953, SR 916.01; Art. 1 des Bundesratsbeschlusses über die Einfuhr von Futtermitteln, Stroh und Streu vom 17. Dezember 1956, SR 916.112.216; Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 134; Kartellkommission, Futtermittelkontingentierung, 51; Horber, Agrarimportkonzeption, 108.

14 Art. 1 Abs. 2 des Bundesbeschlusses über die GGF, SR 916.112.218; Herrmann, Aussenhandelsrecht, 7.

15 Weber, Aussenhandelsgesetzgebung, 126; Horber, Agrarimportkonzeption, 108.

16 Art. 4 der Verordnung über die Beschränkung der Einfuhr von Futtermitteln, SR 916.112.217; Horber, Agrarimportkonzeption, 117.

3. Bestimmung der Kontingentshöhe¹⁷

Die GGF bildet aus den ihren Mitgliedern erteilten Einzelkontingenten ein Gesamtkontingent, das eine rechnerische Grösse darstellt¹⁸. Wird einem neuen Genossenschaftsmitglied aufgrund von Art. 5 der Statuten ein Kontingent eröffnet, erhöht sich das Gesamtkontingent um den betreffenden Betrag. Die konkret zur Einfuhr durch das EVD freigegebene Menge¹⁹ wird unter die Inhaber der Einzelkontingente entsprechend ihrem prozentualen Anteil am Gesamtkontingent aufgeteilt²⁰.

3.1. Eröffnung neuer Kontingente und Revision der bestehenden

Wer die Voraussetzungen von Art. 5 der Statuten²¹ erfüllt, erhält ein Kontingent. Obwohl der Entscheid über die Kontingentszuteilung mit einer Kann-Formulierung in das Ermessen des Vorstandes der GGF gestellt ist, erteilt er das Kontingent regelmässig²². Er ist dabei an allfällige Weisungen des EVD gebunden. Grundsätzlich entscheidet aber der Vorstand der GGF über die Höhe des zu eröffnenden Einzelkontingents²³.

Der Bundesbeschluss über die GGF verlangt, dass die bestehenden Kontingente periodisch revidiert werden, ohne jedoch einen Zeitraum für die Revisionen festzulegen²⁴.

4. Zielsetzungen der Futtermittelkontingentierung

Mit der Importbeschränkung von Futtermitteln werden handels-, agrar- und versorgungspolitische Ziele verfolgt.

17 Bei anderen Kontingentierungen berechnen sich die Kontingente ähnlich.

18 Am Ende des Geschäftsjahres 1980 waren z.B. 825'467 t Einzelkontingente eröffnet. Dabei verfügten 87 Importeure über Einzelkontingente bis 6'499 t und 26 Importeure über solche von 6'500 t und mehr (Geschäftsbericht der GGF 1980, S. 17).

19 Art. 4 der Verordnung über die Beschränkung der Einfuhr von Futtermitteln, SR 916.112.217; Horber, Agrarimportkonzeption, 116 f.

20 Der prozentuale Anteil wird jeweils dem Kontingentsinhaber mitgeteilt, so dass er die ihm zustehende Importmenge berechnen kann. Vgl. auch Alder, Futtermiteileinfuhr, 18 f.

21 Voraussetzungen gemäss Art. 5 der Statuten sind: Mitgliedschaft bei der GGF, ausreichende berufliche Tätigkeit und nötige Kenntnis im betreffenden Geschäftszweig, Absicht, dieses Geschäft als wesentlichen Bestandteil seiner erwerbsmässigen Tätigkeit zu betreiben, und Verfügen über die notwendige Organisation sowie die erforderlichen finanziellen Mittel zur Durchführung von Importtätigkeiten, Pflichtbezügen und der Vorratshaltung.

22 Gemäss Auskunft der GGF.

23 Art. 7 der Statuten der GGF.

24 Art. 1 Abs. 4 des Bundesbeschlusses über die GGF, SR 916.112.218.

4.1. Die handelspolitische Zielsetzung

Neben den Einfuhrfreigaben setzt das EVD auch sog. Pflichtzuteilungen fest. Sie müssen von den Kontingentsinhabern entsprechend ihren Anteilen am Gesamtkontingent übernommen werden. Mittels dieser Pflichtkontingente soll die Handelsbilanz mit gewissen Ländern ausgeglichen werden²⁵. Dazu schliesst die GGF auf Weisung des Bundesamtes für Aussenwirtschaft mit den betreffenden Ländern Rahmenverträge ab und teilt danach das zu importierende Getreide den Kontingentsinhabern zu. Solche Verträge werden vorwiegend mit staatswirtschaftlich organisierten Ländern abgeschlossen. Ausserdem zeitigt auch die Steuerung der Futtermittelimporte nach Provenienzen handelspolitische Wirkungen²⁶. Heute spielen die handelspolitischen Aspekte eine untergeordnete Rolle. Sie standen vor allem bei der Gründung der GGF im Vordergrund²⁷.

4.2. Die agrarpolitische Zielsetzung

Die mengenmässige Beschränkung der Einfuhr von Futtermitteln ist neben den auf den Importen erhobenen Preiszuschlägen²⁸ und den Übernahmepflichten²⁹ ein Instrument zur Lenkung der Agrarproduktion. Eine Verknappung der Importe führt zu einer grösseren Nachfrage nach inländischen Futtermitteln und hat auch ihre Auswirkung auf die Milch- und Viehwirtschaft. Dabei dürfen aber die Auswirkungen der Kontingentierung nicht überschätzt werden³⁰. Sie ist lediglich ein Element der

25 VEB 22, 1952, Nr. 96; Horber, Agrarimportkonzeption, 109.

26 Geschäftsbericht der GGF 1980, 33; Kartellkommission, Kontingentierung, 53. In den Weisungen zu den jeweiligen Freigaben des EVD werden die für die Waren zulässigen Herkunftsländer aufgeführt.

27 Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel vom 7. Dezember 1981, BBl. 1982 I 106 f.

28 Art. 19 Abs. 1 des Landwirtschaftsgesetzes, SR 910.1; Art. 19 Abs. 2 der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung, SR 916.01; Bundesratsbeschluss über die Erhebung von Preiszuschlägen auf Futtermitteln, SR 916.112.232; Verordnung des EVD über die Preiszuschläge auf Futtermitteln, SR 916.112.231. Die Höhe der Preiszuschläge bestimmt sich grundsätzlich nach der Differenz zwischen Weltmarktpreisen, einschliesslich allfälliger Zuschläge (Pflichtlagerbeiträge, Zölle usw.), und dem angestrebten Schwellenpreis, dem Gestehungspreis der Inlandproduktion, wozu die Anbauprämien nicht gerechnet werden. Es soll eine Preisparität zwischen inländischen und ausländischen Futtermitteln hergestellt werden. Damit soll Einfluss auf die Produktion genommen werden. Die Preiszuschläge dienen der Wirtschaftslenkung (Weber, Aussenhandelsgesetzgebung, 128 f.).

29 Die Übernahmepflicht besteht in der Verpflichtung, inländische Agrarprodukte zu übernehmen. Im Bereich der Futtermittelbewirtschaftung handelt es sich aber nicht um ein eigentliches Leistungssystem. Die Importmenge ist nicht von der Übernahmemenge abhängig. Dagegen macht die GGF die Zollermächtigung von der Übernahmebereitschaft abhängig. Vgl. Art. 21 des Landwirtschaftsgesetzes, SR 910.1; Art. 14bis und ter der Verordnung 1 zum Getreidgesetz, SR 916.111.01; Art. 24ter des Alkoholgesetzes, SR 680; Art. 5, 6 der Verordnung über die Verwertung der Kartoffelernte, SR 916.113.31.

30 Mit der Revision des Landwirtschaftsgesetzes 1979 wurden deshalb auch direkter wirksame Mittel zur Beeinflussung der Viehwirtschaft vorgesehen, wie z.B. die Stallbaubewilligungspflicht (vgl. Art. 19a–f des Landwirtschaftsgesetzes, SR 910.1).

umfassenden Futtermittelbewirtschaftung, deren Ziel es ist, die inländische Futtermittelproduktion und die Verwendung betriebseigener Futtermittel zu fördern sowie die viehwirtschaftliche Produktion den Absatzmöglichkeiten anzupassen³¹. Die Beschränkung soll dabei nicht so weit führen, dass beispielsweise in der Schweinezucht, wo vorwiegend importierte Futtermittel verwendet werden, eine Unterversorgung entsteht und der Landwirtschaft wichtige Erträge verlorengehen³². In der Milchproduktion dagegen werden kaum ausländische Futtermittel verfüttert, so dass eine Produktionslenkung über den Futtermittelimport wirkungslos bleibt³³. Dennoch wollen die Einfuhrbeschränkung und die Verteuerung der eingeführten Futtermittel in Verbindung mit der Ausrichtung von Anbauprämien den Bauernbetrieb mit eigener Futtermittelproduktion gegenüber dem grossen Veredelungsbetrieb besserstellen.

Obwohl die Futtermittelkontingentierung nur einen Beitrag zur Erreichung der angestrebten Ziele leisten kann, mindert sie den Druck auf die Landwirtschaft, mit ausländischem Futter rationeller zu produzieren und so einen höheren Ertrag zu erzielen. Sie trägt zur Förderung der Eigenproduktion bei³⁴.

4.3. Die versorgungspolitische Zielsetzung

Der Import einzelner Waren wird nur denjenigen gestattet, die ein Pflichtlager dieser Produkte im vorgeschriebenen Umfang halten³⁵. Die GGF knüpft eine solche Verpflichtung beispielsweise an den Abschluss der Verträge über Verkauf und Rückkauf beim Futtermittelimport. Die Kontingentszuteilung gilt somit als Anknüpfungspunkt für die Pflichtlagerhaltung. Sie selbst ist aber nicht direkt versorgungspolitischer Natur. Ausserdem strebt die Einfuhrbeschränkung die Vermeidung von übermässigen Einfuhren u.a. zur Erhaltung der Produktionsbereitschaft im Interesse der Landesversorgung an³⁶.

31 Fünfter Landwirtschaftsbericht, BBl. 1977 I 381.

32 Kartellkommission, Kontingentierung, 40; Botschaft über die Volksinitiative "gegen übermässige Futtermittelimporte und 'Tierfabriken' sowie für bestmögliche Nutzung des einheimischen Bodens" vom 19. August 1981, BBl. 1981 III 553.

33 Kartellkommission, Kontingentierung, 41.

34 Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel, BBl. 1982 I 108.

35 Z.B. Bundesratsbeschluss über die Vorratshaltung von Mahlhafer, Mahlgerste und Essmais, SR 531.111.23; Bundesratsbeschluss über die Vorratshaltung von Haferprodukten, SR 531.111.25; Bundesratsbeschluss über die Vorratshaltung an Futtermitteln, SR 531.111.27 usw. Die GGF kontrolliert die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen (Art. 1 Abs. 5 des Bundesbeschlusses über die GGF, SR 916.112.218, i.V.m. z.B. Art. 6 des Bundesbeschlusses über die Vorratshaltung von Mahlhafer, Mahlgerste und Essmais).

36 Büchler-Tschudin, Rechtsprobleme, 212.

B. Offene Normierung der Futtermittelkontingentierung

1. Die massgebenden Regelungen

Verordnung über die Beschränkung der Einfuhr von Futtermitteln vom 27. Dezember 1978, SR 916.112.217

Art. 4 Durchführung der Kontingentierung

¹ Die zulässigen Einfuhrmengen werden periodisch durch das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement in Form von Gesamtkontingenten der Schweizerischen Genossenschaft für Getreide und Futtermittel festgesetzt; vor Festsetzung der Einfuhrmengen ist der Vorstand der Genossenschaft anzuhören.

² Ermächtigungen zur Ausnützung werden von der Schweizerischen Genossenschaft für Getreide und Futtermittel nach Massgabe der von ihr ihren Mitgliedern gestützt auf die Statuten eröffneten Einzelkontingente gewährt.

Bundesbeschluss über die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel vom 17. Dezember 1952, SR 916.112.218

Art. 1

³ Soweit das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement eine Kontingentierung verfügt, eröffnet die Genossenschaft ihren Mitgliedern Einzelkontingente. Nach Massgabe dieser Einzelkontingente werden Ermächtigungen zu ihrer Ausnützung gewährt und Pflichtbezüge zugeteilt. Ist eine Kontingentierung nicht verfügt, so setzt die Genossenschaft den Verteilungsschlüssel für Pflichtbezüge fest.

⁴ Einzelkontingente sowie der Verteilungsschlüssel für Pflichtbezüge sind periodisch zu überprüfen und wesentlich veränderten Verhältnissen anzupassen.

Statuten der Schweizerischen Genossenschaft für Getreide und Futtermittel, 1969

Art. 5

¹ Sofern vom Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement eine Kontingentierung vorgeschrieben ist, kann der Vorstand der GGF Einzelkontingente an Personen oder Firmen eröffnen, wobei vom Departement allenfalls ergangene allgemeine Weisungen zu beachten sind,

- a) wenn der Gesuchsteller Mitglied ist;
- b) wenn der Gesuchsteller sich über ausreichende berufliche Tätigkeit im betreffenden Geschäftszweig ausweist, die nötigen Kenntnisse für die Leitung eines derartigen Geschäftes besitzt und beabsichtigt, dieses Geschäft als wesentlichen Bestandteil seiner gewerbmässigen Tätigkeit tatsächlich und in regulärer Weise zu betreiben;
- c) wenn der Gesuchsteller über die notwendige Organisation und über die erforderlichen finanziellen Mittel zur Durchführung von Importgeschäften, Pflichtbezügen und der Vorratshaltung verfügt.

² Neue Einzelkontingente werden nicht erteilt,

- a) wenn durch ihre allgemeine Gewährung die bisherige Struktur des betreffenden Wirtschaftszweiges erheblich verändert würde, namentlich wenn dadurch die bisherigen Handelsstufen aufgelöst würden,
- b) wenn der Gesuchsteller rechtlich oder wirtschaftlich von einem bestehenden Kontingentinhaber abhängig ist.

³ Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement behält sich vor, die durch die Handelspolitik, den Schutz der nationalen Produktion und die Vorratshaltung gebotenen allgemeinen Weisungen für die Erteilung, Neuordnung und Erhöhung von Einzelkontingenten zu erlassen. Es hört in der Regel vorher die beteiligten Kreise an.

Art. 7

Der Vorstand entscheidet nach seinem Ermessen im Rahmen pflichtgemässer Geschäftsführung nach Anhören der beteiligten Kreise sowohl über die Höhe der gemäss Art. 5 neu zu eröffnenden Einzelkontingente als auch über die ausnahmsweise Erhöhung bestehender Einzelkontingente.

Die Verordnung über die Beschränkung der Einfuhr von Futtermitteln³⁷ ermächtigt das EVD, die Einfuhrmenge periodisch festzusetzen. Dabei ist gemäss Art. 4 die GGF anzuhören. Ausser dieser Konsultativpflicht wird keine Angabe über das Verfahren gemacht. Ebenso fehlen nähere Ausführungen im Bundesbeschluss über die GGF³⁸, im Bundesratsbeschluss über die GGF³⁹ sowie in Art. 19 des Landwirtschaftsgesetzes, auf den sich die Verordnung über die Beschränkung der Einfuhr stützt. Nach welchen Kriterien die Einfuhrmenge zu bestimmen ist, bleibt dem Gestaltungsbereich des EVD überlassen. Ausserdem hat es zu beurteilen, was unter periodisch zu verstehen ist.

Art. 1 Abs. 3 des Bundesbeschlusses über die GGF⁴⁰ und Art. 4 Abs. 2 der Verordnung über die Beschränkung der Einfuhr von Futtermitteln ermächtigen die GGF, ihren Mitgliedern Einzelkontingente zu eröffnen. Nach welchen Kriterien sie dabei vorzugehen hat, bleibt offen. In ihren Statuten führt die GGF die Voraussetzungen für die Zuteilung von Einzelkontingenten auf⁴¹. Bereits die Beurteilung dieser erforderlichen Kriterien lässt eine bestimmte Gestaltungsfreiheit zu. Noch schwieriger zu beurteilen ist die Höhe eines neu zu eröffnenden Kontingents. Art. 7 der Statuten stellt diesen Entscheid in das Ermessen des entscheidenden Organs. Ebenso lässt Art. 4 des Bundesbeschlusses über die GGF mit dem Hinweis auf periodische Kontingentsrevisionen völlig offen, in welchen Abständen und nach welchen Gesichtspunkten diese zu erfolgen haben. Selbst die Statuten legen keinen Zeitpunkt fest, noch sehen sie im voraus ein Verfahren generell-abstrakt vor.

37 SR 916.112.217.

38 SR 916.112.218.

39 SR 916.112.218.1.

40 SR 916.112.218.

41 Vgl. vorne Fussnote 21. Zur Verfassungsmässigkeit der Regelung der Zuteilung der Einzelkontingente auf dieser Erlassstufe vgl. Büchler-Tschudin, Rechtsprobleme, 211 ff.

2. Funktion der Offenheit

2.1. Funktion der Offenheit bezüglich der Befugnisse des EVD

Wie vorne dargestellt, haben sich die Ziele der Kontingentierung schwerpunktmässig verschoben. Während ursprünglich handelspolitische Zweckverfolgungen im Vordergrund standen, liegt heute das Schwergewicht bei den agrarpolitischen Auswirkungen. Die Ziele haben geändert, das Mittel ist geblieben. Eine offene Formulierung erlaubt, je nach verfolgtem Zweck das Mittel verschieden einzusetzen. Ein Kontingent, das sich handelspolitisch auswirken soll, muss nach anderen Kriterien bestimmt werden, als wenn es agrarpolitische Wirkungen zu zeitigen hat. Häufig werden die Zwecke kombiniert. Die Gewichtung kann sich dabei in kurzen Zeitabständen ändern. Die Gesetzgebung⁴² über die Futtermittelkontingentierung trägt diesem Variationsbedürfnis Rechnung, indem dem EVD das Verfahren zur mengenmässigen Berechnung der Einfuhrmenge freigestellt wird. Dies erlaubt eine der Zweckverfolgung angepasste Datenerhebung und Entscheidung. Die Verwaltung kann ein Programm entwickeln und so makro-administrativ handeln, d.h. auf die verschiedensten den Markt der Viehwirtschaft beeinflussenden Faktoren Rücksicht nehmen. Sie hat die Möglichkeit, die Einfuhrmenge mit anderen Lenkungsinstrumenten zu koordinieren. Ausserdem kann sie die Importmenge den Entwicklungen in der Viehwirtschaft anpassen. Der Gestaltungsbereich trägt zu einer umfassenden Programmbildung bei.

2.2. Funktionen der Offenheit bezüglich der Befugnisse der GGF

2.2.1. Allgemeine Ausführungen

Obwohl die GGF eine öffentlich-rechtliche Genossenschaft gemäss Art. 829 OR ist, kommt ihr im Zusammenhang mit der Futtermittelkontingentierung eine nur unwesentlich grössere Autonomie⁴³ als einem direkt in die Bundesverwaltung integrierten Organ zu. Die GGF hat das ihr übertragene Einfuhrmonopol gesetz- und weisungsgebunden auszunutzen⁴⁴. Sie ist kraft Rechtssatzes verpflichtet, dessen Ausnützung Dritten zu überlassen. Sie untersteht der Aufsicht des Bundesrates. Er genehmigt ihre Statuten⁴⁵. Ihre Möglichkeiten zur eigenen Willensbildung sind sehr beschränkt. Sie ist in Erfüllung ihrer Pflichten weitgehend vom EVD ab-

42 Gesetzgebung wird hier als umfassender Begriff für Rechtssetzung und nicht als technischer Ausdruck verstanden.

43 Imboden/Rhinow Nr. 137 B VI.

44 Art. 42 der Statuten der GGF; Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 130; Weber, Aussenhandelsgesetzgebung, 119. Einer der Gründe für die Schaffung einer Genossenschaft war, die Erhebung der Preiszuschläge als von Zöllen zu unterscheidende Abgaben zu kennzeichnen. Vgl. Schürmann, Unternehmungen, 158a.

45 Art. 1 Abs. 6 und Art. 3 Abs. 1 des Bundesbeschlusses über die GGF, SR 916.112.218.

hängig⁴⁶. Aus diesen Gründen kann bei der Untersuchung des eigenverantwortlichen Gestaltungsbereichs die besondere Rechtsform der GGF vernachlässigt werden.

2.2.2. Funktion der offenen Normierung

Die Festsetzung der Einzelkontingente sowie des Verteilungsschlüssels für die freigegebenen Einfuhrmengen ist Sache der GGF. Ausserdem erteilt sie neue Kontingente. Diese Aufgaben stehen in ihrem eigenverantwortlichen Gestaltungsbereich⁴⁷. In den parlamentarischen Beratungen zum Bundesbeschluss über die GGF von 1952 liess man diese Frage bewusst offen. Die Autonomie der GGF sollte damit gewahrt bleiben⁴⁸. Immerhin hielt man fest, die Kontingentierung solle möglichst elastisch und anpassungsfähig ausgestaltet werden. Der Einstieg neuer Importeure in das Futtermittelgeschäft muss möglich bleiben⁴⁹. Ein Ständerat bemerkte, die Regelung der Einfuhrkontingente sei sehr schwierig; es bestehe die Gefahr einer zu starren Ordnung. Der ständerätliche Berichterstatter hielt eine gesetzliche Verankerung für unangebracht, "da es nicht möglich ist, all den verschiedenen Umständen in einer Formulierung Rechnung zu tragen"⁵⁰. Es sei nicht die Aufgabe des Gesetzgebers, im Interessenkampf um die Zuteilung den Richter zu spielen⁵¹. Man wollte sich allerdings nicht vor der schwierigen Entscheidung drücken, sondern die Parlamentarier überliessen die Kontingentszuteilung der GGF, um ihrer Autonomie Rechnung zu tragen. Dieser Autonomiebereich wird von vielen Referenten angesprochen, obwohl er – wie vorne beschrieben – durch die Gesetzes- und finanzielle Abhängigkeit der GGF vom Bund sehr gering ist. Die Hinweise in den parlamentarischen Beratungen von 1952 müssen im Zusammenhang mit der Entwicklung der Futtermittelimporte betrachtet werden.

Bevor mit dem Bundesbeschluss vom 23. Dezember 1931 die Einfuhr beschränkt wurde und das alleinige Einfuhrrecht der GGF zustand⁵², war der Import frei. Mit dem Zusammenschluss aller Importeure in der GGF und der Übertragung des Einfuhrmonopols an die Genossenschaft wurde der freie Wettbewerb auf dem Gebiete der nun kontingentierten Futtermittel beseitigt, jedenfalls schwer beeinträchtigt. Die privatwirtschaftliche Tätigkeit wurde von einer nur beschränkt erhältlichen staatlichen Autorisation abhängig gemacht. Es entstand eine Privilegierung einzelner⁵³.

46 Gl.M. Fritz Gygi, Die Rechtsgestalt der Universität, in: ZBJV 106, 1970, S. 135.

47 Vgl. vorne S. 55 ff.

48 Sten.Bull. N 1952, S. 628, 634; Sten.Bull. S 1952, S. 330.

49 Sten.Bull. N 1952, S. 628; Sten.Bull. S 1952, S. 331.

50 Sten.Bull. S 1952, S. 331.

51 Sten.Bull. S 1952, S. 331.

52 AS 47, 785.

53 Böhler-Tschudin, Rechtsprobleme, 215.

Die Höhe der Einzelkontingente berechnete man entsprechend den 1931 getätigten Einfuhren⁵⁴. Seit 1950 erfolgten drei Kontingentsrevisionen. Bei der ersten Revision stellte man für die Berechnung der Kontingentshöhe auf die Jahre 1950–52 ab; die zweite Revision brachte nur kleine Veränderungen, und für die dritte Revision bildeten die Jahre 1966 und 1967 die Berechnungsgrundlage⁵⁵. Für die neu anzusetzenden Einzelkontingente waren jeweils die Leistungen der Importeure massgebend. Positiv ins Gewicht fielen Aktivitäten, die vermuten liessen, der Importeur habe das Mögliche versucht, um seine Tätigkeit zu erweitern, z.B. durch Zukauf von Waren im Inland oder Vermittlung von Transitgeschäften. Dabei musste er einzig durch die Kontingentsbestimmungen behindert worden sein. Negativ wirkte sich ein kleiner Kundenkreis aus oder wenn das Kontingent nicht voll ausgenutzt wurde. Ebenso wurden Geschäfte missbilligt, die lediglich wegen der Kontingentierung getätigt wurden⁵⁶. Die Revisionsbestimmungen von 1969/70 bevorzugten den Wettbewerbswilligen. Sie honorierten das Bestreben, die Geschäftstätigkeit trotz Kontingentierung zu erhöhen, die in einem gewissen Umfange ein sicheres Einkommen garantiert.

Die Entwicklung des Kontingentssystems zeigt, dass für den Umfang der Einzelkontingente immer die erbrachten Leistungen massgebend sein sollten. Ein möglicher Wettbewerb war zu erhalten. Dies steht in Übereinstimmung mit dem Kontingentssystem. Der Bundesbeschluss über die GGF⁵⁷ sowie die Verordnung über die Beschränkung der Einfuhr von Futtermitteln⁵⁸ und letztlich Art. 19 des Landwirtschaftsgesetzes bezwecken nicht, die Importeure vor Konkurrenten zu schützen, sondern verfolgen heute vor allem agrarpolitische Ziele. Die Berücksichtigung des "Rechtsganzen", des rechtlichen und tatsächlichen Umfeldes⁵⁹, in welches das Kontingentssystem eingebettet ist, zeigt, dass die Beschränkung des Wettbewerbs unter den Importeuren eine unangenehme, nicht gewollte, aber unvermeidbare Nebenerscheinung ist, der man soweit als möglich entgegentreten muss⁶⁰. Die Verbindung von freier privatwirtschaftlicher Entfaltung und Kontingentierung bedeutet aber beinahe die Quadatur des Zirkels. Das Instrument der Kontingentierung widerspricht der freien Marktordnung.

Mit einem möglichst grossen Autonomie- bzw. Gestaltungsbereich der GGF sollte erreicht werden, dass die Genossenschafter, d.h. die Importeure, ihre Einzel-

54 Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel, BBl. 1982 I 111 f.; Kartellkommission, Kontingentierung, 79.

55 Vgl. Art. 6 des Anhangs zu den Statuten.

56 Kartellkommission, Kontingentierung, 81 f.

57 SR 916.112.218.

58 SR 916.112.217.

59 Vgl. dazu vorne S. 18 ff., 39 ff.

60 Grundsätzlich dürfen nach herrschender Lehre Vorschriften zugunsten der Landwirtschaft auch die Freiheit der übrigen Wirtschaftszweige beeinträchtigen (Büchler-Tschudin, Rechtsprobleme, 215). Die angeordneten Massnahmen müssen aber verhältnismässig sein. Dieser Grundsatz findet sich im Ingress zu Art. 31bis Abs. 3 BV. Die Eingriffe dürfen somit nicht mehr als notwendig in die grundrechtlich geschützte privatwirtschaftliche Tätigkeit eingreifen.

kontingente selbst untereinander aushandeln. Der Interessen- und sicherlich zum Teil auch Machtkampf sollte statt am Markt innerhalb der Genossenschaft ausgetragen werden. Damit sollte den Nebenerscheinungen der Kontingentierung, der Beschränkung des Wettbewerbs im Futtermittelmarkt, begegnet werden.

Funktional betrachtet und unter Berücksichtigung des Rechtsganzen müssen die der GGF eingeräumten Gestaltungsbereiche – bei der Verteilung der Einzelkontingente, der Neueröffnung von Kontingenten und den periodischen Kontingentsrevisionen – entsprechend diesem konkurrenzähnlichen Verhältnis der Importeure konkretisiert werden. Die Offenheit dient der Erhaltung eines “Rest-Konkurrenzverhältnisses”. Es soll eine Anpassung an die sich laufend ändernde wirtschaftliche Situation erfolgen. Darüber hinaus können die Einfuhrbeschränkungen mit anderen landwirtschaftlichen Programmen koordiniert eingesetzt werden.

Die Offenheit verpflichtet die GGF bzw. ihre Organe, das Normprogramm im Sinne eines leistungsrelevanten Verhältnisses der Kontingentsinhaber untereinander zu konkretisieren.

C. Konkretisierung der offenen Normen durch die Vollzugsorgane⁶¹

1. Konkretisierungstätigkeit des EVD

Das Bundesamt für Landwirtschaft beantragt die quartalsmässigen Freigaben nach seinem Ermessen. Eröffnet werden die Freigaben vom Generalsekretariat des EVD.

Vorgängig konsultiert das Bundesamt den Vorstand der GGF, der die Vorräte an Futtermitteln kennt. Für seinen Entscheid stellt es auf folgende weitere Kriterien ab: den Tierbestand, die inländische Futtergetreideernte und die Marktsituation der tierischen Produkte. Angaben über den Tierbestand erhält es vom Statistischen Amt, das die Bestände jährlich ermittelt. Der Bauernverband erteilt Auskunft über die Ernte, die allerdings zumeist geschätzt werden muss. Über die Marktsituation an tierischen Produkten orientiert die Schweizerische Genossenschaft für Schlachtvieh- und Fleischversorgung (GSF). Aufgrund dieser Angaben berechnet das Bundesamt die benötigte Einfuhrmenge. Da dieser Entscheid immer eine Prognose beinhaltet, verbleibt dem EVD trotz konkreter Entscheidungsgrundlagen ein grosser Gestaltungsbereich.

61 Herrn Dr. Rentsch von der GGF und dem Bundesamt für Landwirtschaft danke ich für die bereitwilligen und eingehenden Auskünfte.

2. Konkretisierungstätigkeit der GGF

Bewerbern, welche die Voraussetzungen für die Neueröffnung eines Kontingents erfüllten, erteilte der Vorstand der GGF regelmässig ein Kontingent von 2'000 t⁶². Der Gesuchsteller muss Mitglied der GGF sein, sich über ausreichende berufliche Tätigkeit im betreffenden Geschäftszweig ausweisen, die nötigen Kenntnisse für die Leitung eines derartigen Geschäftes besitzen und beabsichtigen, das Geschäft als wesentlichen Bestandteil seiner gewerbmässigen Tätigkeit tatsächlich und in regulärer Weise zu betreiben⁶³.

Die Tatsache, dass von den 45 zwischen 1949 und 1978 neu zugeteilten Kontingenten nur im Jahre 1962 wesentlich mehr als 2'000 t, nämlich durchschnittlich 3'200 t bewilligt wurden, die Zuteilungen in den übrigen Jahren sich zwischen durchschnittlich 600 t und 2'500 t bewegten⁶⁴ und in den letzten Jahren immer um 2'000 t lagen, spricht für eine zurückhaltende, die bereits bestehenden Kontingentsinhaber vor Konkurrenten schützende Erteilungspraxis.

Was die Kontingentsrevisionen anbelangt, hielt es die GGF für ausreichend, innerhalb von gut 30 Jahren zwischen 1950 und 1981 lediglich drei Revisionen vorzunehmen, die letzte im Jahre 1969⁶⁵. Sie stellte dabei auf die Leistungen der Kontingentsinhaber in den Vorjahren ab, die notgedrungen vom bestehenden Kontingentssystem geprägt waren⁶⁶.

Die bewilligte Einfuhrmenge verteilte die GGF auf ihre Mitglieder entsprechend ihrem jeweiligen prozentualen Anteil der Einzelkontingente am Gesamtkontingent. Da bei der Eröffnung neuer Kontingente das Gesamtkontingent automatisch anstieg und somit der prozentuale Anteil der bestehenden Einzelkontingente am Gesamtkontingent sank, war die GGF nicht daran interessiert, grössere Neukontingente zu erteilen.

D. Beurteilung der Konkretisierungstätigkeit

1. Beurteilung der Konkretisierung durch das EVD

Das EVD hat bei der Ausübung seines grossen Gestaltungsbereichs die Zwecke der gesetzlichen Regelung vor Augen zu haben. Das Hauptziel ist agrarpolitischer Art. Es soll auf die Viehwirtschaft Einfluss genommen und der inländische Futtermittel-

62 Botschaft zu einem BG über die Schweizerische Genossenschaft für Getreide und Futtermittel, BBl. 1982 I 115; Kartellkommission, Kontingentierung, 73.

63 Über die Konkretisierung der unbestimmt formulierten Voraussetzungen für die Mitgliedschaft konnte nichts Genaueres in Erfahrung gebracht werden.

64 Kartellkommission, Konkretisierung, 85, Tabelle 18.

65 Vgl. Art. 6 der Statuten und Anhang zu Art. 6 der Statuten.

66 Vgl. vorne S. 59. Die Verteilung entsprechend der Leistungsfähigkeit hält das Bundesgericht für naheliegend (BGE 99 Ib 169 f.).

anbau gefördert werden⁶⁷. Dabei ist der Entscheid auf das ganze Programm – Anbauprämien, Stallbaubewilligungen, am Rande die Milchkontingentierung usw. – auszurichten. Die Beschränkung der Futtermittelimporte soll mit den anderen Massnahmen koordiniert werden.

Mit den dem Entscheid des EDV zugrunde gelegten Daten werden vor allem die Produktionsbedingungen der Viehwirtschaft ermittelt: die Anzahl Tiere, die zu erwartende Futtergetreideernte sowie die vorhandenen Vorräte an Futtermitteln. Diese Faktoren sind bereits von den übrigen Instrumenten der Produktionslenkung beeinflusst, so dass ein Entscheid aufgrund dieser Daten nicht den Zielen der anderen Programme zuwiderläuft. Eine bessere Koordination könnte eventuell durch direkten Kontakt mit den anderen Bundesstellen erreicht werden, um so auch deren Pläne in die Entscheidung hineinzutragen. Die Entscheidungskriterien des EVD richten sich vor allem auf die direkt vorliegenden Rechtsgrundlagen aus. Sie orientieren sich an Art. 19 des Landwirtschaftsgesetzes, am Bundesbeschluss über die GGF⁶⁸ und an der Verordnung über die Beschränkung der Einfuhr von Futtermitteln⁶⁹. Den mit diesen Erlassen direkt verfolgten Zwecken kann das EVD mit einem Entscheid aufgrund der erhobenen Daten zwar vollumfänglich nachkommen; das weitere rechtliche Umfeld dagegen, wie beispielsweise die Stallbaubewilligungspflicht und die Erteilung von Anbauprämien, wird vernachlässigt. Der grosse Gestaltungsbereich könnte zu einer noch umfassenderen und besser koordinierten Programmbildung genutzt werden, womit der in Art. 19 des Landwirtschaftsgesetzes vorgegebenen Zielsetzung besser entsprochen werden könnte; denn auch die anderen Förderungs- und Lenkungsmassnahmen stützen sich auf Art. 19 des Landwirtschaftsgesetzes.

2. Beurteilung der Konkretisierungstätigkeit der GGF

Mit der ohne Unterschied bei beinahe jedem Kontingentsgesuch erteilten Kontingentshöhe von 2'000 t und den innerhalb von gut 30 Jahren nur dreimal durchgeführten Revisionen ging die GGF zu einem äusserst starren Kontingentsssystem über, was der Funktion der offenen gesetzlichen Formulierung widerspricht. Ein konkurrenzähnliches Verhältnis unter den Importeuren wird damit verunmöglicht. Die starre Ordnung führt zur Bevorzugung der beati possidentes. Die Leistungen der Kontingentsinhaber, aber auch der Bewerber spielen kaum eine Rolle. Die offene Normierung haben die Genossenschafter nicht dazu benutzt, ihren Interessenkampf immer wieder neu untereinander auszutragen. Sie führte nicht zur Dynamisierung des Verteilungsschlüssels, im Gegenteil, die drei Revisionen zementierten die vorgefundene Marktsituation. Sowohl der Tüchtige als auch der weniger Einsatz-

67 Vgl. vorne S. 53 ff.

68 SR 916.112.218.

69 SR 916.112.217.

freudige erzielt mit der gesicherten Kontingentszuteilung seinen Umsatz. Es zeigt sich hier gerade die Bedeutung der funktionalen Betrachtungsweise. Unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit und der Verhältnismässigkeit kann die Praxis der GGF kaum angefochten werden. Erst die Analyse der Funktion der Offenheit macht die bedenkliche Praxis offenkundig. Das Kontingentssystem wird dadurch nicht entsprechend dem Rechtsganzen ausgestaltet. Es erfolgt eine übermässige Wettbewerbsbeschränkung.

Die Gelegenheit, die Kontingentszuteilung mit anderen Förderungsmassnahmen zu koordinieren⁷⁰, wie z.B. mit den Anbauprämien oder mit der Forderung, kleinen Betrieben die Aufstockung mit Mastbetrieben zu ermöglichen, wird nicht wahrgenommen. Das Kontingentssystem hat sich unter der Selbstverwaltung der GGF zu einem starren, die bestehenden Kontingente bevorzugenden und in sich geschlossenen Gefüge entwickelt, das keinen Bezug zur übrigen Landwirtschaftspolitik herstellt. Man setzt sich nicht mit der funktionalen Bestimmung der Offenheit auseinander, sondern betrachtet sie als Ermächtigung, über die man nach eigenem Gutdünken verfügen kann.

E. Exkurs: Der Entwurf eines neuen Kontingentssystems

In der Botschaft zu einem Bundesgesetz über die GGF vom 7. Dezember 1981⁷¹ stellt der Bundesrat ein flexibleres Kontingentssystem vor, das in seinen wesentlichen Grundzügen bereits von der Kartellkommission vorgeschlagen wurde⁷². Die Kartellkommission kritisierte die Starrheit des bestehenden Systems und empfahl eine Dynamisierung der Einzelkontingente durch ein kombiniertes Ausschreibungs- und Steigerungssystem⁷³. Der effektiven und dauernden Leistungsfähigkeit der Importeure soll besser Rechnung getragen werden. Das wettbewerbspolitische Element sei vermehrt zu unterstützen.

Der Entwurf des neuen Bundesgesetzes überlässt die Festsetzung der Einzelkontingente nicht mehr vollständig der GGF; ihr Gestaltungsbereich wird wesentlich beschränkt. Ein gewisser Anteil jedes Einzelkontingentes soll alle drei Jahre versteigert werden. Die Steigerungsmasse setzt sich aus den nicht ausgenützten Kontingenten und aus den um 10–20% gekürzten Kontingenten zusammen. Der Importeur kann daraufhin das Dreifache bis höchstens das Fünffache der Menge zurücksteigern, um die sein Kontingent gekürzt wurde. Ausserdem darf inskünftig

70 Die Verflechtung der verschiedenen Massnahmen zur landwirtschaftlichen Produktionslenkung geht deutlich aus der Botschaft über die Volksinitiative "gegen übermässige Futtermittelimporte und 'Tierfabriken' sowie für bestmögliche Nutzung des einheimischen Bodens" vom 19. August 1981, BBl. 1981 III 542 ff., hervor.

71 BBl. 1982 I 101 ff.

72 Kartellkommission, Kontingentierung.

73 Kartellkommission, Kontingentierung, 114.

kein Einzelkontingent mehr als 15% des Gesamtkontingents ausmachen. Damit soll die Marktbeherrschung durch einzelne Unternehmen verunmöglicht werden.

Neue Kontingentsinhaber erhalten in der Regel ein Einzelkontingent von 3'000 t, das sie bei der nächsten Versteigerung erhöhen können. Für die Hälfte ihres Anfangskontingents müssen sie den durchschnittlichen Erlös der nächstfolgenden Versteigerung entrichten. Diese Auflage bedeutet für einen Neuling gerade am Beginn seiner Geschäftstätigkeit eine nicht unproblematische Unsicherheit. Die Einzelheiten des Verfahrens wird weiterhin die GGF bestimmen.

Die flexiblere Kontingentsverteilung schafft ein grösseres Konkurrenzverhältnis unter den Futtermittelimporteuren und baut Vorrechte ab. Wichtig ist aber, dass keine Umgehungsgeschäfte getätigt werden, die mittels Scheingeschäften oder Absprachen dennoch zu einer Marktbeherrschung einzelner Firmen führen. Eine bessere Koordination mit anderen Massnahmen im Vieh- und Agrarwirtschaftsbereich strebt auch dieses System nicht an, wie z.B. eine bevorzugte Lieferung von Futtermitteln an bäuerliche Aufstockungsbetriebe gegenüber Grossmästereien oder Geflügelfarmen⁷⁴.

II. Einfuhrbeschränkungen bei Schlachtvieh und Fleisch

A. Das Bewilligungssystem

1. Die Bewilligungsordnung

Die Massnahmen im Sektor Fleisch und Schlachtvieh stützen sich auf Art. 23 des Landwirtschaftsgesetzes¹ und letztlich auf Art. 31bis Abs. 3 BV. Die Schlachtviehverordnung² gestaltet die Einfuhrbeschränkungen näher aus. Art. 2 nennt die Produkte, deren Einfuhr begrenzt werden kann. Art. 8 zählt die einfuhrberechtigten Wirtschaftsbranchen auf (Metzgereibetriebe, Schlachtviehhandelsfirmen, Lebensmittelhandel, Bindenfleischfabrikanten usw.). Grundsätzlich sind Viehbestände anzustreben, die den Inlandbedarf im Mittel mehrerer Jahre bei grossem Schlachtvieh zu 85 -90% und bei Kälbern und Schweinen zu 95% decken³. Den Indikator, wann und in welchem Umfang Massnahmen zum Schutze des Fleischmarktes zu ergreifen sind, bildet ein für jede Gattung, Kategorie und Handelsklasse bestimmter Richtpreis. Er wird vom Bundesrat nach Anhörung der Schweizerischen Genossen-

74 Vgl. die Anliegen des Zentralverbandes Schweizerischer Milchproduzenten und des Schweizerischen Bauernverbandes, Strukturelle Hintergründe der Agrarpolitik, Delegiertenversammlung der Milchproduzenten, in: NZZ vom 30. April 1982, Nr. 99, Bl. 39.

1 SR 910.1.

2 Verordnung über den Schlachtviehmarkt und die Fleischversorgung (Schlachtviehordnung) vom 17. Februar 1982, SR 916.341.

3 Art. 3 der Schlachtviehordnung, SR 916.341; Burgunder, Ordnung, 22.

schaft für Schlachtvieh- und Fleischversorgung (GSF) und des Fachausschusses Fleisch bestimmt⁴ und richtet sich nach den Grundsätzen des Landwirtschaftsgesetzes⁵ und der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung⁶. Mit Abweichungen nach oben und unten wird den üblichen Preisschwankungen des Marktes Rechnung getragen⁷.

Solange der Inlandbedarf zu den Richtpreisen entsprechenden Preisen durch einheimisches Fleisch gedeckt ist, ist die Einfuhr gleichartiger Produkte verboten⁸. Bewegen sich die Marktpreise gegen die obere Richtpreisgrenze zu, sieht die Schlachtviehordnung die Einfuhr eines Gesamtkontingents vor⁹, das für die meisten Waren in Wirtschaftsgruppenkontingente unterteilt wird. Innerhalb dieser Wirtschaftsgruppen erhalten die Einfuhrberechtigten ihr Einzelkontingent¹⁰. Je nach Fleischart nimmt die Verordnung eine andere Aufteilung des Gesamtkontingents vor¹¹. Die Schlachtviehordnung setzt detailliert fest, wie die Gruppenkontingente – der Anteil der einzelnen Wirtschaftsgruppen wird von der Verordnung in Prozenten des Gesamtkontingents ausgedrückt – und die Einzelkontingente zu ermitteln sind, deren Höhe letztlich eine Frage der korrekten Erhebung der Ermittlungsdaten sowie der fehlerlosen Berechnung ist. Bei gewissen Fleischarten, wie z.B. bei Wurstwaren, Corned Beef, Rohschinken, werden keine Gruppenkontingente gebildet. Die Höhe der Einzelkontingente bemisst sich hier nach den Einfuhren des Vorjahres¹². Bestehen dagegen Gruppenkontingente, müssen die Einzelkontingente über den Umweg einer Kontingentsgrundlage, d.h. einer Berechnungsbasis, ermittelt werden¹³. Zur Ermittlung der Berechnungsgrundlage sind die Betriebe verpflichtet, in einem Meldewesen über ihre Tätigkeiten ausführlich Auskunft zu geben¹⁴. Ausschlaggebend für die Ermittlung der Kontingentsgrundlage sind die erbrachten Leistungen, wie z.B. bei den Metzgereien die Schlachtungen von Tieren in- und ausländischer Herkunft und die Einfuhren gemäss eigenen Kontingenten oder bei den Schlachtviehandelsfirmen die Umsätze und Einfuhren aufgrund eigener Kontin-

4 Art. 4 der Schlachtviehordnung, SR 916.341. Die GSF ist eine privatrechtliche Genossenschaft mit öffentlich-rechtlichem Auftrag (Burgunder, Ordnung, 24).

5 Art. 29 und 30 des Landwirtschaftsgesetzes, SR 910.1.

6 Art. 45–50 der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung, SR 916.01.

7 Art. 4 Abs. 1 und 3 der Schlachtviehordnung, SR 916.341.

8 Art. 21 der Schlachtviehordnung, SR 916.341.

9 Mit Gesamtkontingent ist die festgesetzte Höchstmenge, die eingeführt werden darf, gemeint (Weber, Aussenhandelsgesetzgebung, 177).

10 Art. 12 ff. der Schlachtviehordnung, SR 916.341; Henny, L'importation, 177 f.; Horber, Agrarimportkonzeption, 121.

11 Z.B. Bindenstotzen werden zu 55% auf Bindenfleischfabrikanten, zu 45% auf Schlachtviehandelsfirmen aufgeteilt (Art. 12 Abs. 2 der Schlachtviehordnung, SR 916.341). Das Gesamtkontingent für Rindsnierstücke geht zu 83% an Metzgereibetriebe, zu 5% an Schlachtviehandelsfirmen und zu 12% an Lebensmittelhandelsfirmen (Art. 12 Abs. 3 der Schlachtviehordnung, SR 916.341).

12 Art. 13 Abs. 2 und Art. 144 ff. der Schlachtviehordnung, SR 916.341; Burgunder, Ordnung, 23.

13 Henny, L'importation, 178, nennt die Kontingentsgrundlage richtigerweise "chiffre de base".

14 Art. 18, 29, 33, 37, 43 der Schlachtviehordnung, SR 916.341.

gente¹⁵. Die Einzelkontingente bemessen sich nach dem prozentualen Anteil an der gesamten Kontingentsgrundlage aller in der Warengruppe vereinigten Betriebe¹⁶. Sie werden jährlich neu festgesetzt¹⁷. In diesem bis ins letzte ausgeführten Berechnungssystem bleibt der Verwaltung kein Gestaltungsbereich.

Das jeweils zur Einfuhr freizugebende Gesamtkontingent dagegen wird in der sonst sehr detailliert ausgestalteten Schlachtviehordnung kaum erwähnt. Art. 7 hält lapidar fest, die Einfuhr der von der Verordnung erfassten Waren werde beschränkt, solange sie den Absatz der inländischen Produktion gefährdet. Wie der Umfang der Beschränkung zu bemessen ist, geht daraus nicht hervor und ist auch in keiner Ausführungsverordnung oder Verwaltungsvorschrift vorgesehen. Art. 23 des Landwirtschaftsgesetzes, auf den sich die Einfuhrbeschränkung stützt, verweist lediglich auf einen Absatz zu angemessenen Preisen, der in der Schlachtviehordnung mittels eines Richtpreises garantiert wird. Das auslösende Moment für die Beschränkung der Einfuhr ist ein Marktpreis, der unter der Bandbreite des Richtpreises liegt. Gewisse Anweisungen zur Durchführung der Importbeschränkungen finden sich in Art. 71 ff. der Schlachtviehordnung. Das EVD und dessen Dienststellen werden angewiesen, statistische Angaben zur Notwendigkeit und zum Ausmass der vorzusehenden Massnahmen zu sammeln. Die GSF wird beauftragt, dem EVD sowie dem Fachausschuss Fleisch "periodisch Bericht über die voraussichtliche Entwicklung des Schlachtviehmarktes, die Versorgungslage, den mutmasslichen Importbedarf" zu erstatten und Antrag zur Festsetzung der Einfuhrmenge zu stellen¹⁸. Der Fachausschuss, zusammengesetzt aus Vertretern der Produzenten, des Handels, der Verwerter- und Verbraucherkreise, hat die beauftragten Verwaltungseinheiten zu beraten und unterbreitet der Beratenden Kommission für das Landwirtschaftsgesetz Vorschläge¹⁹.

Neben den Einfuhrbeschränkungen bestehen als Interventionsmittel die dauernd praktizierte Übernahmepflicht zum Zwecke der Marktabräumung, die befristete Übernahmepflicht zur Überschussverwertung sowie die freiwillige Überschussverwertung durch die GSF²⁰.

2. Verfolgte Zwecke

Die Schlachtviehordnung selbst nennt drei Zwecke²¹: 1. Der inländische Markt soll qualitativ und quantitativ mit genügend Schlachtvieh und Fleisch versorgt sein.

15 Art. 27, 32 der Schlachtviehordnung, SR 916.341.

16 Art. 13 der Schlachtviehordnung, SR 916.341.

17 Art. 15 der Schlachtviehordnung, SR 916.341.

18 Art. 74 der Schlachtviehordnung, SR 916.341.

19 Art. 70 der Schlachtviehordnung, SR 916.341.

20 Art. 52 ff. der Schlachtviehordnung, SR 916.341.

21 Art. 1 der Schlachtviehordnung, SR 916.341; Burgunder, Ordnung, 22.

2. Dabei soll sich die landeseigene Produktion auf die Bedürfnisse und Aufnahmefähigkeit des Marktes ausrichten. 3. Der Absatz der einheimischen Produktion soll zu kostendeckenden Preisen gesichert sein – die Einfuhrregulierung trägt vor allem zur Deckung des Bedarfs zu kostendeckenden Preisen bei. Sie verfolgt primär wirtschaftspolitische Zwecke, indem die einheimische Produktion vor übermässiger Konkurrenz durch importierte Erzeugnisse geschützt wird²². Diese Zielsetzungen gründen auf den in Art. 31bis Abs. 3 BV angestrebten Zwecken. Der Verfassungsartikel ermächtigt den Bund, “zur Erhaltung eines gesunden Bauernstandes und einer leistungsfähigen Landwirtschaft sowie zur Festigung des bauerlichen Grundbesitzes” Vorschriften zu erlassen. Das Landwirtschaftsgesetz ist aufgrund von Art. 31bis Abs. 3 BV erlassen worden. Mit der Einkommensgarantie durch einen auf einem bestimmten Niveau festgesetzten Produktpreis soll die Leistungsfähigkeit der Landwirtschaft unterstützt und erhalten werden. Die Preise haben kostendeckend zu sein²³.

Bei unbeschränkten Einfuhrmöglichkeiten würden die inländischen Agrarpreise das geforderte Mindesteinkommen der Bauern nicht mehr gewährleisten, besteht doch heute international eine Überproduktion im Agrarsektor. Ausserdem werden im Ausland häufig Agrarprodukte zusätzlich durch staatliche Zuschüsse verbilligt. Die Einfuhrbeschränkung auf gleichartigen oder ähnlichen Waren ist eine Massnahme zum Schutz vor ausländischer Konkurrenz²⁴. Art. 23 des Landwirtschaftsgesetzes sieht dabei aber keine generelle Beschränkung vor, sondern macht sie davon abhängig, dass “der Absatz landwirtschaftlicher Erzeugnisse zu Preisen, die nach den Grundsätzen dieses Gesetzes angemessen sind, durch die Einfuhr gefährdet wird”.

B. Offenheit

1. Die massgebenden Regelungen

Verordnung über den Schlachtviehmarkt und die Fleischversorgung (Schlachtviehordnung) vom 17. Februar 1982, SR 916.341

Art. 7

Die Einfuhr von Schlachttieren und Erzeugnissen nach Art. 2 Abs. 1 wird mengenmässig beschränkt, solange sie den Absatz der inländischen Produktion gefährdet (Art. 23 des Landwirtschaftsgesetzes). Vorbehalten bleiben die Handelsverträge.

22 Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 142.

23 Art. 29 des Landwirtschaftsgesetzes, SR 910.1.

24 Vgl. auch Büchler-Tschudin, Rechtsprobleme, 211.

Art. 17 Freigabe der Kontingente

Die zur Erteilung der Einfuhrbewilligung zuständigen Verwaltungseinheiten können die Jahreskontingente nach saisonalen, handelspolitischen oder anderen Bedürfnissen in mehreren Tranchen freigeben.

Art. 21 Marktlage im Inland

Solange das inländische Angebot den Inlandbedarf nach bestimmten Schlachttieren oder Erzeugnissen zu den Richtpreisen voll deckt, dürfen solche Schlachttiere oder solche Erzeugnisse nicht eingeführt werden. In diesem Fall wird auch für gleichartige Erzeugnisse keine Einfuhrbewilligung erteilt. Als gleichartig gelten Schlachttiere und ihr Fleisch. Die Deckung des laufenden Inlandbedarfs an den gleichartigen Erzeugnissen darf jedoch nicht beeinträchtigt werden.

Die Aufteilung des Gesamtkontingents auf die Wirtschaftsgruppen sowie deren Unterteilung in Einzelkontingente schreibt die Schlachtviehordnung bis ins Detail vor²⁵. Zur Festsetzung des Gesamtkontingents, d.h. der zur Einfuhr freizugebenden Menge, fehlt dagegen eine ausführliche Anleitung des Rechtssetzers. Art. 7 der Schlachtviehordnung verweist lediglich auf Art. 23 des Landwirtschaftsgesetzes, der auf einen angemessenen Preis weiterverweist. Die Schlachtviehordnung selbst sieht einen vorgängig festgelegten Richtpreis vor²⁶. Er orientiert sich an den Prinzipien von Art. 29 und 30 des Landwirtschaftsgesetzes sowie an Art. 45–50 der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung. Diese Richtlinien lassen zwar eine gewisse Unbestimmtheit bestehen; aufgrund von Erfahrungswerten kann jedoch der Preis rechnerisch ermittelt werden²⁷.

Im folgenden soll der Offenheit bei der Bestimmung des Gesamtkontingents nachgegangen werden. Dabei geben die Art. 71 ff. der Schlachtviehordnung – wie vorne dargestellt – Anweisungen zur Erhebung der Entscheidungsdaten. Trotz der von der GSF und vom Fachausschuss gemachten Angaben muss aber die Abteilung für Landwirtschaft – sie erteilt in der Regel die Einfuhrbewilligungen – nach eigenem Gutdünken die Einfuhrmenge freigeben oder beschränken. Dazu hat sie aufgrund der erhaltenen Angaben die Marktsituation abzuschätzen. Sie entscheidet, welche Daten sie berücksichtigen und allenfalls zusätzlich erheben will. Sie beobachtet die Einhaltung des Richtpreises.

Die Verfahrensvorschriften begrenzen den Entscheidungsbereich und führen zu einem relativ geringen Gestaltungsbereich. Er liegt in der jeder Prognose innewohnenden Unsicherheit über die zukünftigen Entwicklungen. Richtlinien für die Entscheidung über die Einfuhrmenge sind Erfahrungswerte und ein gewissenhaftes Bemühen um die korrekte Beurteilung der tatsächlichen Marktsituation.

²⁵ Vgl. vorne S. 65, Fussnote 11.

²⁶ Art. 4 der Schlachtviehordnung, SR 916.341.

²⁷ Vgl. dazu Fünfter Landwirtschaftsbericht, BBl. 1977 I 281 ff.

2. Funktion der Offenheit

Art. 1 Abs. 2 der Schlachtviehordnung weist die Vollzugsbehörden an, den im Rahmen der Einfuhrbeschränkung möglichen Wettbewerb zu erhalten und auf die berechtigten Interessen anderer Wirtschaftszweige und der Konsumenten Rücksicht zu nehmen. Die offene gesetzliche Anweisung zur Festlegung des Gesamtkontingents erlaubt eine möglichst adäquat an den Marktbedingungen orientierte Entscheidung, eine flexible Regulierung des Verhältnisses von Angebot und Nachfrage. Die Einfuhrmenge ist entsprechend den Anforderungen des Marktes unter Berücksichtigung des Richtpreises zu bestimmen. Dabei soll soweit als möglich ein Wettbewerb unter den am Schlachtvieh- und Fleischmarkt Beteiligten entstehen. Funktional gesehen verlangt die offene gesetzliche Verankerung der Einfuhrregelung eine rollende Planung. Eine flexible Beeinflussung des Marktes soll vor einer zu starren Ordnung bewahren, die eher zu Fehlentscheidungen führt.

*C. Konkretisierung durch die Vollzugsorgane*²⁸

Die Abteilung für Landwirtschaft richtet sich bei ihrem Entscheid vor allem nach der Situation am Markt. Alle zwei Wochen tritt die GSF zusammen. Sie verhandelt über die Marktlage, die Absatzzahlen, Preise usw. Sie handelt die zur Einfuhr freizugebende Menge für die nächsten Wochen aus. Da in der GSF alle an der Schlachtvieh- und Fleischversorgung interessierten Kreise organisiert sind²⁹, entsteht ein eigentliches Tauziehen um die Einfuhrmenge. Ähnlich wie an einer Börse werden die Importe untereinander ausgehandelt. Ein Vertreter des Importhandels verlangt z.B. die Einfuhr von 600 Stück Bankvieh, ein Produzentenvertreter dagegen nur 200 Stück. Die Anträge der Grossverteiler liegen dazwischen. Die verschiedenen Vertreter begründen ihre Ansätze mit den in den letzten Wochen gemachten Erfahrungen. Der Vertreter der Produzenten führt den niedrigen Bedarf an Einfuhren auf die relativ tiefen Übernahmepreise zurück, die in der laufenden Periode bezahlt werden. Der Importeur dagegen sieht den Grund für die tiefen Preise in der Qualität der Ware. Der Grossverteiler gibt zu bedenken, dass zur Zeit unfertige Ware geschlachtet werde, um die Nachfrage zu decken³⁰. Anschliessend an die Verhandlungen, an denen ein Vertreter des Bundesamtes für Landwirtschaft teilnimmt, wird über den Antrag bezüglich der Einfuhrmenge abgestimmt. Dieser Antrag ist für das Bundesamt nicht bindend. Es macht sich soweit als möglich ein eigenes Bild

28 Für die umfassende Orientierung über das Vorgehen der Abteilung für Landwirtschaft bei der Festlegung der Einfuhren danke ich Herrn lic. iur. W. Burgunder (Abteilung Viehwirtschaft, Rechtsdienst).

29 Vgl. Burgunder, Ordnung, 24.

30 Zusammengestellt nach Einsicht in ein Protokoll der GSF.

von der Marktsituation, indem es auf eigene Erfahrungen, auf die Angaben der verschiedenen Betriebe³¹ und den Gang der Verhandlungen der GSF abstellt.

D. Beurteilung des Konkretisierungsprozesses

Der enge Kontakt der Abteilung für Landwirtschaft mit den Vertretern der Marktfrent und das von der Schlachtviehordnung vorgesehene Meldewesen vermitteln der Behörde ein gutes Bild der Marktsituation. Das in der Schlachtviehordnung verankerte Verfahren³² garantiert weitgehend eine funktionsgerechte Konkretisierung der notwendig offengebliebenen Prognoseentscheidung. Die Zusammensetzung der GSF aus den Vertretern der verschiedenen am Schlachtviehmarkt beteiligten Kreise stellt eine am Markt orientierte Entscheidung sicher³³. Das Bundesamt kennt die verschiedenen Argumente und den Lauf der Verhandlungen der GSF. Um die hinter den Stellungnahmen liegenden Interessen der verschiedenen Vertreter zu beurteilen, ist dennoch viel Erfahrung notwendig. Das angewandte Verfahren ermöglicht jedoch den Bundesstellen, sich ein aktuelles Bild von der vorliegenden Interessenslage zu machen und den Marktverhältnissen entsprechend zu entscheiden. Die Bedingungen für eine funktional richtige Entscheidung sind gegeben.

Ob die Situation in jedem Fall korrekt beurteilt wird, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht weiter abgeklärt werden. Die Entscheidung über die konkrete Einfuhrmenge bleibt letztlich in der Verantwortung der Behörden. Sie kann den Vollzugsorganen weder direkt noch indirekt über Verfahrensvorschriften abgenommen werden.

Bei ihrer Konkretisierungstätigkeit orientiert sich die Abteilung für Landwirtschaft vorwiegend an der Schlachtviehordnung, insbesondere am Richtpreis. Einen Zusammenhang zu den Zielsetzungen des Landwirtschaftsgesetzes oder der Verfassung stellt sie nicht her. Die Beschränkung auf die Schlachtviehordnung ist zum Teil durch diese selbst verursacht. Die Regulierung des Marktes entsprechend einem im voraus festgesetzten Richtpreis erlaubt ein mechanistisches Vorgehen ohne Rücksicht auf die Massnahmen in anderen die Schlachtvieh- und Fleischversorgung berührenden Bereichen. Wegen der Abgeschlossenheit des Systems besteht für die Bewilligungsbehörden kein direkter Anlass, sich mit dem Rechtsganzen auseinanderzusetzen. Dennoch bleibt die beschränkte Sicht fraglich und birgt die Gefahr eines isolierten und damit nicht optimalen Vorgehens in sich.

Ausserdem spricht auch die gesetzestechnische Betrachtung gegen eine völlige Beschränkung auf die Schlachtviehordnung. Art. 23 des Landwirtschaftsgesetzes, auf den sich die Schlachtviehordnung stützt, genügt den in Lehre und Praxis entwickelten Anforderungen an eine Delegationsnorm nicht. Massnahmen, die Ein-

31 Vgl. das Meldewesen nach Art. 18, 29, 33, 37, 43 der Schlachtviehordnung, SR 916.341.

32 Art. 71 ff. der Schlachtviehordnung, SR 916.341.

33 Gl.M. Burgunder, Ordnung, 24.

griffe in die Freiheit und das Eigentum des einzelnen bedeuten, bedürfen einer klaren gesetzlichen Grundlage. Delegationsbefugnisse an die Exekutive in diesen Bereichen müssen "bei schweren Eingriffen in die Rechtsstellung des Bürgers in den wesentlichen Fragen klare Richtlinien aufstellen"³⁴. Art. 23 des Landwirtschaftsgesetzes dagegen lässt dem Bundesrat völlig freie Hand³⁵. Vernachlässigt nun zusätzlich das die Verordnung vollziehende Organ das Rechtsganze und hält sich lediglich an die direkt anzuwendende Norm, verstärkt es die Gefahr einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Entwicklung. Die Ausrichtung auf das Rechtsganze – insbesondere bei mangelhaften Delegationsnormen – wirkt einer sich immer mehr vom Willen des Gesetzgebers entfernenden Praxis entgegen.

Auch im Vollzug der Schlachtviehordnung sollte sich der Willen des Verfassungs- und des Gesetzgebers durchsetzen. Die Handels- und Gewerbefreiheit ist nur so weit zu beschränken, als dies für die Verfolgung der Ziele des Landwirtschaftsrechts unbedingt erforderlich ist³⁶. Dabei geht es nicht darum, einen Zustand nachzuahmen, wie er sich ohne Einfuhrbeschränkungen einspielen würde – dies wäre ein unmögliches Unterfangen³⁷ –, sondern dem Prinzip der Leistungswilligkeit und -fähigkeit soweit als möglich zum Durchbruch zu verhelfen. Es ist "auf die Erhaltung des im Rahmen der Einfuhrbeschränkung möglichen Wettbewerbs gebührend Rücksicht zu nehmen"³⁸.

III. Das Dreiphasensystem (erläutert am Beispiel des Obstes)

A. Das Bewilligungssystem

1. Die Bewilligungsordnung

Die Rechtsgrundlage für die Einfuhr von Früchten bilden das Landwirtschaftsgesetz¹ und zum Teil das Alkoholgesetz². Die Importsteuerung ist beim Obst – wie übrigens auch beim Gemüse – in drei Phasen unterteilt. Art. 25 der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung³ unterscheidet folgende drei Perioden: In der Phase I ist die

34 Imboden/Rhinow Nr. 63 B II.

35 Gl.M. Büchler-Tschudin, Rechtsprobleme, 216 ff.

36 A.M. Gygi, Rechtsgrundsätze, 79.

37 Hierin bin ich gl.M. wie Gygi, Rechtsgrundsätze, 79; BGE 99 Ib 171.

38 Art. 1 Abs. 2 der Schlachtviehordnung, SR 916.341; BGE 99 Ib 171.

1 Art. 23 des Landwirtschaftsgesetzes, SR 910.1.

2 Art. 24ter des Bundesgesetzes über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz) vom 21. Juni 1932, SR 680; vgl. auch Henny, L'importation, 96 ff.

3 Verordnung über wirtschaftliche Bestimmungen des Landwirtschaftsgesetzes (Allgemeine Landwirtschafts-Verordnung) vom 21. Dezember 1953, SR 916.01; für Äpfel und Birnen Art. 3 des Bundesratsbeschlusses über die Einfuhr von Tafeläpfeln und Tafelbirnen vom 17. Mai 1957, SR 916.132.11.

Einfuhr frei, weil gleichartige inländische Erzeugnisse nicht erhältlich sind. Die Phase II wird eingeleitet, sobald landeseigene Produkte erhältlich sind, die aber den schweizerischen Markt nicht gänzlich zu decken vermögen. In diesem Zeitabschnitt ist der Import zur Ergänzung des inländischen Angebots in begrenztem Umfange oder unter gewissen Bedingungen zugelassen. In der Phase III ist die Einfuhr gleichartiger Produkte verboten. Die einheimischen Erzeugnisse decken die Nachfrage vollumfänglich.

Bewilligungspflichten bestehen in der Phase II. Während in der Phase III die Einfuhr gesperrt ist, bleibt in der ersten Periode der Import ohne Bewilligung gestattet⁴. In den Phasen I und II achten die Bewilligungsbehörden darauf, dass keine Vorräte angelegt werden, um die Produkte in der nächsten Phase auf den Markt zu bringen. Aus diesem Grund setzt die Verwaltung die Perioden mit strengeren Importbeschränkungen möglichst frühzeitig an⁵. Die Phasenwechsel werden den Handelspartnern acht Tage im voraus angekündigt⁶. Die bewilligungspflichtigen Früchte und Gemüse werden nach dem Generallizenzsystem importiert; es sind somit Einfuhren aus grundsätzlich allen Ländern gestattet⁷.

Im Dreiphasensystem gilt der Grundsatz der Gleichartigkeit. Danach darf nur der Import von Produkten beschränkt bzw. gesperrt werden, die den schweizerischen landwirtschaftlichen Erzeugnissen entsprechen. Die Gleichartigkeit misst sich an den Konsumgewohnheiten – gleichartig sind Erzeugnisse, die sich bei der Verwertung gegenseitig ohne weiteres ersetzen lassen⁸. Ausnahmsweise können auch ähnliche Produkte der Bewilligungspflicht unterstellt werden, die gleichgestellte inländische Waren in untragbarer Weise konkurrenzieren⁹.

Ergänzend zum Dreiphasensystem erfolgen weitere Massnahmen zur Unterstützung des Gemüse- und Obstbaus¹⁰. Die Eidgenössische Preiskontrollstelle ist befugt, Höchstpreise und Margenvorschriften auf Kernobst und frischem Gemüse sowohl inländischer als auch ausländischer Herkunft zu erlassen¹¹. Die durch die Einfuhrbeschränkung verursachte Angebotsverknappung soll zu keiner allzu grossen Preissteigerung führen. Das EVD legte beispielsweise jährlich für Walliser Aprikosen

4 Gemäss Mitteilung der Abteilung für Ein- und Ausfuhr; vgl. auch Herrmann, Aussenhandelsrecht, 9.

5 Vgl. auch Weber, Aussenhandelsgesetzgebung, 214; Horber, Agrarimportkonzeption, 133 f.

6 Gemäss Mitteilung der Abteilung für Ein- und Ausfuhr.

7 Weber, Aussenhandelsgesetzgebung, 215.

8 Art. 25 Abs. 5 der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung, SR 916.01; nach Horber, Agrarimportkonzeption, 133, gelten als gleichartig z.B. Zwetschgen und Pflaumen, Kopfsalat und Endiviensalat.

9 Art. 26 der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung, SR 916.01. Von dieser Ausnahmebestimmung wurde nach Horber, Agrarimportkonzeption, 133, noch nie Gebrauch gemacht.

10 Verordnung über die Verwertung der Kernobsternte vom 24. Juni 1968, SR 916.133.21; Verordnung über die Förderung des Absatzes von Walliser Aprikosen, Ernte 1981, vom 8. Juli 1981, SR 916.133.22.

11 Bundesratsbeschluss über die Preisgestaltung für Saat- und Speisekartoffeln, Kernobst und frisches Gemüse vom 11. April 1961, SR 942.304.

Produzentenrichtpreise fest¹². Die Importeure können zur Übernahme von frischem Steinobst, Beeren, Gemüse und Setzzwiebeln verpflichtet werden¹³, womit jedoch kein Freipass zur Überproduktion ausgestellt wird. Die landwirtschaftliche Produktion hat sich auf die Aufnahmefähigkeit des einheimischen Marktes und die Ausfuhrmöglichkeiten auszurichten¹⁴.

Die Einfuhrkontingente werden entsprechend den Importen der vergangenen drei Jahre bestimmt¹⁵. Die konkrete Einfuhrmenge jedes Importeurs richtet sich nach seinem prozentualen Anteil am Gesamtkontingent¹⁶. Daneben wird eine Kontingentsreserve gebildet, um aussergewöhnlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen¹⁷.

Die Bewilligungen zur Einfuhr erteilt bei frischem Obst und Gemüse die Abteilung für Ein- und Ausfuhr¹⁸. Das Bundesamt für Aussenwirtschaft erlässt dazu Weisungen. Ausserdem wird das Bundesamt für Landwirtschaft, die Eidgenössische Preiskontrollstelle und z.B. bei Äpfeln und Birnen die Eidgenössische Alkoholverwaltung¹⁹ konsultiert. Die Abteilung für Ein- und Ausfuhr steht in engem Kontakt mit den verschiedenen Organisationen und Firmen des Obst- und Gemüsemarktes wie den Schweizerischen Importeuren, der Schweizerischen Gemüseunion, dem Schweizerischen Obstverband, dem Schweizerischen Bauernverband. Vertreter dieser Organisationen und der Konsumenten, der Produzenten, des Inlandhandels, des Import-, Grossverteiler- und Detailhandels, der Konservenindustrie und der Exportindustrie sitzen in den vom EVD bestellten Fachausschüssen für Obst und Obstprodukte und für Gemüse. Sie beraten die Abteilung²⁰. Die interessierten Bundesstellen schicken je einen Vertreter in den Fachausschuss.

12 Verordnung des EVD über Produzentenpreise und Verbilligungsbeiträge für Walliser Aprikosen, Ernte 1982, vom 8. Juli 1982, AS 1982, 1247; Verordnung des EVD über die Verkaufspreise für Walliser Aprikosen der Ernte 1982 vom 8. Juli 1982, AS 1982, 1248.

13 Art. 31 Abs. 1 der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung, SR 916.01.

14 Art. 18 des Landwirtschaftsgesetzes, SR 910.1.

15 Es besteht kein eigentliches Leistungssystem; die Importeure können aber zur Übernahme von Inlandprodukten entsprechend ihren Einfuhren veranlasst werden, Art. 31 der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung, SR 916.01. Die Einfuhrkontingente sind jedoch nicht von der Übernahme abhängig.

16 Vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. b der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung, SR 916.01.

17 Art. 30 Abs. 1 lit. a der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung, SR 916.01; Henny, L'importation, 100.

18 Art. 25 Abs. 6 der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung, SR 916.01. Bezüglich Tafeläpfeln und -birnen vgl. Art. 1 des Bundesbeschlusses über die Einfuhr von Tafeläpfeln und Tafelbirnen vom 17. Mai 1957, SR 916.132.11.

19 Art. 10 des Bundesbeschlusses über die Einfuhr von Tafeläpfeln und Tafelbirnen vom 17. Mai 1957, SR 916.132.11.

20 Art. 4 des Landwirtschaftsgesetzes, SR 910.1; Art. 53 der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung, SR 916.01; der Fachausschuss Obst und Obstprodukte wird im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement bestellt. Zur Zusammensetzung vgl. Henny, L'importation, 103.

2. Mit der Bewilligungspflicht verfolgte Zwecke

Ziel der Einfuhrbeschränkungen ist es, wichtige landwirtschaftliche Betriebszweige in ihrer Existenzfähigkeit zu schützen²¹. Importbeschränkungen dürfen gemäss Art. 23 des Landwirtschaftsgesetzes erlassen werden, wenn der Absatz zu Preisen, die nach dem Gesetz angemessen sind, gefährdet ist. Die Einfuhrregulierung soll somit die Rentabilität der Landwirtschaft sicherstellen²². Einfuhr und Inlandproduktion müssen dazu aufeinander abgestimmt sein²³. Die Zielsetzung einer rentablen Landwirtschaft ist wirtschaftspolitischer Art. Sowohl Art. 25 der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung als auch der Bundesratsbeschluss über die Einfuhr von Tafeläpfeln und -birnen sollen einen gesunden Bauernstand und eine leistungsfähige Landwirtschaft sichern. Letztlich werden zwei Ziele verfolgt: Einerseits wird den Produzenten ein Absatz zu kostendeckenden Preisen garantiert, und andererseits muss der inländische Markt befriedigt werden.

B. Die offene Normierung

1. Die massgebenden Regelungen

Verordnung über die wirtschaftlichen Bestimmungen des Landwirtschaftsgesetzes (Allgemeine Landwirtschafts-Verordnung) vom 21. Dezember 1953, SR 916.01

Art. 25 Einfuhrbeschränkung bei Obst und Gemüse Schutz gleichartiger Erzeugnisse

¹ Bei frischem Steinobst, frischen geniessbaren Beeren und frischem Gemüse soll die Einfuhr mengenmässig nicht beschränkt werden, solange gleichartige inländische Erzeugnisse nicht erhältlich sind.

² Wird ein inländisches Erzeugnis zu Preisen, die nach dem Landwirtschaftsgesetz angemessen sind, angeboten, jedoch nur in ungenügender Menge, so ist die Einfuhr des gleichartigen ausländischen Erzeugnisses in einem Umfange zu bewilligen, der zur Deckung des Bedarfs ausreicht.

³ Genügt das inländische Angebot einer Ware handelsüblicher Qualität und zu angemessenen Preisen zur vollen Bedarfsdeckung, so wird die Einfuhr für gleichartige ausländische Erzeugnisse nicht mehr zugelassen.

·
·
·

Der Begriff "gleichartige Erzeugnisse" — er wird in Abs. 5 desselben Artikels mit Ersetzbarkeit bei den Konsumgewohnheiten näher umschrieben — enthält eine Unbestimmtheit, deren man sich bereits in den Beratungen von Art. 23 des Land-

21 Botschaft zum Landwirtschaftsgesetz vom 19. Januar 1951, BBl. 1951 I 183.

22 Nell, Mengenmässige Beschränkungen, 70.

23 Gygi, Rechtsgrundsätze, 78.

wirtschaftsgesetzes, der diesen Begriff ebenfalls anführt, bewusst war²⁴. Der Gestaltungsbereich wurde geschaffen, um dem Bundesrat einen gewissen Spielraum in der Anwendung wirtschaftlicher Vorschriften zu belassen, um eine rasche Anpassung an veränderte Marktverhältnisse zu ermöglichen. Man wollte dem Bundesrat mit der offenen Formulierung eine Ermächtigung erteilen²⁵.

Ebenso liegt in der Bezugnahme auf Preise, die nach dem Landwirtschaftsgesetz angemessen sind, eine Unbestimmtheit, obwohl die Allgemeine Landwirtschafts-Verordnung in Art. 45 ff. eine genaue Anleitung zu ihrer Berechnung erteilt. In besonderer Weise konkretisierungsbedürftig ist, wann inländische Erzeugnisse in genügender bzw. ungenügender Weise angeboten werden sowie welche Importmenge zur Bedarfsdeckung ausreicht.

Da nicht alle Offenheiten in der vorliegenden Arbeit untersucht werden können, soll das Schwergewicht auf das Konkretisierungsproblem im Zusammenhang mit der genügenden bzw. ungenügenden Marktdeckung und der Bemessung der Einfuhrmenge gelegt werden. Es öffnet sich hier dem Bundesamt für Aussenwirtschaft, insbesondere der Abteilung für Ein- und Ausfuhr, ein weiterer Gestaltungsbereich²⁶. Sie entscheidet über den Beginn und das Ende einer neuen Phase, die Einfuhr- und Übernahmemenge und den Preis, den der Importeur bei der Übernahme einheimischer Ware bezahlen muss. Keine näheren Ausführungsbestimmungen oder Verwaltungsvorschriften leiten diese Entscheide.

2. Funktion der offenen Normierung

Die drei Phasen, welche die Allgemeine Landwirtschafts-Verordnung selbst festlegt, sind abhängig von der Marktsituation. Der Entscheid über einen Phasenwechsel muss sowohl der inländischen Produktion als auch der Marktbefriedigung Rechnung tragen. Die Bedarfsdeckung wird immer in Verbindung mit dem Hinweis auf die genügende bzw. ungenügende Inlandproduktion angeführt²⁷. Der Schutz der Landwirtschaft darf nicht zu Mangelerscheinungen auf dem Markt führen. Um dies zu verhindern, müssen die Bewilligungsbehörden, ähnlich wie der freie Unternehmer, auf die konkreten Marktverhältnisse reagieren. Wer kann aber die Zeit und den Umfang der Ernte auf lange Zeit voraussehen? Ein möglichst marktgerechtes Verhalten verlangt rasche und kurzfristige Entscheide. Wegleitend ist die Garantie des Absatzes inländischer Erzeugnisse zu Preisen, die dem Landwirtschaftsgesetz entsprechen. Es ist zwischen Bedarfsdeckung und Absatzsicherung zu jonglieren. Da sich der Preis wegen des Erfordernisses der Existenzsicherung nicht mehr frei einspielen kann, sondern künstlich durch die Einfuhrbeschränkungen angehoben wird,

24 Sten.Bull. N 1951 S. 57 ff.

25 Sten.Bull. N 1951 S. 61.

26 Gl.M. Henny, L'importation, 102.

27 Vgl. Art. 25 Abs. 2 und 3 der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung, SR 916.01.

muss die Bewilligungsbehörde selbst den Regulator zwischen Angebot und Nachfrage darstellen, indem sie die Einfuhr zielgerecht zulässt. Das bedeutet, dass sie das Angebots-Nachfrage-Verhältnis entsprechend dem von ihr angestrebten Preisniveau reguliert. Aufgrund der offenen gesetzlichen Grundlage ist ihr ein solches regulierendes Verhalten möglich, das im freien Wettbewerb Aufgabe des Preises ist. Die Offenheit erlaubt ein möglichst zielgerechtes Einsetzen des Mittels, der Importbeschränkung.

C. Konkretisierung der offenen Normen durch die Bewilligungsbehörde²⁸

Die Abteilung für Ein- und Ausfuhr steht bezüglich der Festlegung der Importmenge in engem Kontakt – zum Teil mittels Telefon und Telex – mit den betroffenen Kreisen, wozu vor allem die Produzenten und Importeure gehören. Ausserdem orientiert und berät ein Fachausschuss über die noch vorhandenen Vorräte, die anfallende Ernte und die möglichen Einfuhren. Für die Entscheide über die Einfuhr von Äpfeln und Birnen tritt er regelmässig zusammen²⁹, über Gemüse und gewisse Früchte verhandelt er nur grundsätzlich³⁰. Die Beurteilung der Marktsituation durch den Fachausschuss ist für die Abteilung für Ein- und Ausfuhr nicht bindend. Sie informiert sich zum Teil direkt bei den betroffenen Organisationen, beispielsweise beim Schweizerischen Obstverband und seinen Sektionen³¹. Über Erdbeeren und Aprikosen erhält sie täglich Mitteilungen bezüglich der Ernte des Vortages und der geschätzten des Tages, so dass auch sie selbst täglich die Einfuhren festlegen kann. Aus den täglich zugestellten Zollunterlagen und -deklarationen kennt sie dabei die laufenden Importe.

Die Beurteilung der Marktsituation verlangt viel Erfahrung. Die Verhandlungen im Fachausschuss müssen richtig eingeschätzt werden. Dazu muss man die Interessen der einzelnen Vertreter genau kennen³². Im Entscheid über den Phasenwechsel und die freizugebende Einfuhrmenge liegt immer eine gewisse Unsicherheit. Neben dem Wetter ist das Konsumverhalten, über das auch gewisse Erfahrungswerte vorliegen³³, ein Risikofaktor. Unbestimmt ist auch der schützenswürdige Anteil der Inlandproduktion, was beim Wechsel von Phase I zu II ausschlaggebend sein kann. Solange die Ware beim Produzenten liegt, schützt die Abteilung für Ein- und Ausfuhr

28 Ich danke Herrn Maurer von der Abteilung für Ein- und Ausfuhr für seine wertvollen Hinweise zur Bewilligungspraxis.

29 Laut Auskunft der Abteilung für Ein- und Ausfuhr i.d.R. 14tägig.

30 D.h., er nimmt nicht direkt zu den Einfuhrmengen Stellung.

31 Vgl. auch Henny, L'importation, 104.

32 Obwohl der Fachausschuss jeweils versucht, zu einem einstimmigen Ergebnis zu kommen, und bei Uneinigkeit die Mehrheit entscheidet, ist es wichtig, den Verlauf der Verhandlungen zu analysieren. Vgl. auch Henny, L'importation, 104.

33 Z.B. werden bei schlechtem Wetter weniger Erdbeeren konsumiert.

in der Regel eine grössere Menge, als wenn sie bereits der Händler oder Importeur eingelagert hat³⁴.

D. Beurteilung der Konkretisierung durch die Bewilligungsbehörde

Da das angestrebte Ziel feststeht und der Verwaltung kein Raum für eine darüber hinausgehende Programmbildung bleibt, hat die Offenheit die Funktion, eine Regulierung des "Marktes" zu ermöglichen. Das Hauptproblem liegt in der Beurteilung des Angebotes von Inlandprodukten und der benötigten Importe. Diesen grossen Beurteilungsbereich reduziert m.E. die Abteilung für Ein- und Ausfuhr zu Recht, indem sie sich an der Marktfrent die nötigen Daten über die zu erwartende Ernte und die Vorräte usw. verschafft. Dennoch bleiben Unsicherheiten bestehen, z.B. bezüglich des Konsumverhaltens, der sich entwickelnden Wetterlage usw. Zum Teil stützt sich die Abteilung auf Erfahrungswerte der Vorjahre. Durch möglichst kurzfristige Entscheide werden die Unsicherheiten zusätzlich verringert. Damit handelt sie funktional richtig. Sie setzt sich so in die Lage, die Einfuhr möglichst marktgerecht zuzulassen, um eine Planwirtschaft auf lange Zeit zu vermeiden. Sie wird dadurch zum adäquaten Regulator des "Marktes". In jedem Zeitpunkt lässt sie die Einfuhr flexibel fliessen, um den Bedarf zu decken, ohne dass die Preise unter das vom Landwirtschaftsgesetz geforderte Niveau sinken. Obwohl die Landwirtschafts-Verordnung das Bundesamt mittels sog. unbestimmter Gesetzesbegriffe anweist, den Markt der Früchte und Gemüse zu regeln, bleibt ihm ein weiter Gestaltungsbereich, der m.E. von einem durch Ermessensermächtigung erteilten "Frei"raum nicht zu unterscheiden ist. Die Konkretisierung hat sich auf die gesetzlichen Ziele auszurichten und dabei verhältnismässig zu bleiben. Eckpfeiler bilden der angemessene Preis und die Bedarfsdeckung, die ihrerseits konkretisierungsbedürftig sind.

34 Gemäss Auskunft durch die Abteilung für Ein- und Ausfuhr.

IV. Getreidesammelstellen

A. Das Bewilligungssystem

1. Die Bewilligungsordnung und die Bewilligungsvoraussetzungen

Eine Sammelstelle darf nur mit Ermächtigung der Eidgenössischen Getreideverwaltung¹ – einer unselbständigen Anstalt des Bundesrechts – betrieben werden². Einerseits müssen die Sammelstellen die nötigen Einrichtungen und Räumlichkeiten besitzen, um das Getreide zu reinigen und zu trocknen sowie für den Bund bereitzustellen und zu lagern, und andererseits müssen sie über ein angemessenes Einzugsgebiet verfügen³. Die Bewilligungsbehörde ist ermächtigt, die Einzugsgebiete der Sammelstellen festzulegen. Dazu sind die beteiligten Kantone anzuhören.

2. Verfolgter Zweck

Während die Bewilligungserteilungskriterien betreffend Räumlichkeiten und Einrichtungen polizeilicher Natur sind, ist das angemessene Einzugsgebiet als wirtschaftspolitisch motivierte Voraussetzung zu bezeichnen⁴. Neue Sammelstellen sollen existenzfähig sein und bereits bestehende Sammelstellen in ihrem Fortbestand nicht gefährden. Der Nachweis eines angemessenen Einzugsgebietes ist mit demjenigen eines Bedürfnisses vergleichbar.

Die Bewilligungspflicht für den Betrieb einer Sammelstelle ist eingebettet in die Zielsetzungen der gesamten Getreideordnung⁵. Es sollen gemäss Art. 23bis BV vor allem der Anbau und die Qualität des Getreides gefördert werden⁶. Dazu gehört u.a. die Übernahme des Getreides durch den Bund zu einem garantierten Preis⁷. Art. 8 des Getreidegesetzes beauftragt den Bundesrat, die Organisation der Übernahme zu ordnen. Dem Bund steht jedoch kein Monopol für den Ankauf von

1 Art. 40 des Bundesgesetzes über die Brotgetreideversorgung des Landes (Getreidegesetz) vom 20. März 1959, SR 916.111.0; Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 149.

2 Art. 10bis i.V.m. Art. 1 der Verordnung 1 zum Getreidegesetz vom 10. November 1959, SR 916.111.01. Am 1. Juni 1982 trat der am 21. April 1982 revidierte Art. 10bis der Verordnung 1 in Kraft (AS 1982, 771). Im folgenden wird jedoch die Konkretisierung des alten Artikels dargestellt, auf den sich die langjährige Praxis bezog, die zum Teil auch zur Revision von 1982 führte.

3 Art. 10 Abs. 2 und Art. 10bis der Verordnung 1 zum Getreidegesetz, SR 916.111.01.

4 Vgl. auch BGE 106 Ib 37.

5 Vgl. insbesondere Getreidegesetz, SR 916.111.0.

6 Vgl. Fünfter Landwirtschaftsbericht, BBl. 1977 I 368; Botschaft betreffend die Brotgetreideversorgung des Landes vom 16. Juni 1958, BBl. 1958 II 175 f.; Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 146; Art. 8, 17 und 36 des Getreidegesetzes, SR 916.111.0; BGE 106 Ib 35.

7 Vgl. auch Erb, Getreideversorgung, 40 ff.

Getreide zu. Ziel des Gesetzgebers war es lediglich, dass der Bund den Produzenten günstige Übernahmebedingungen garantiert.

Die Getreidesammelstellen stehen im Dienste der Förderung des Getreideanbaus. Sie sind die Vermittler zwischen Produzent und Bund. Der Bauer ist aber nicht verpflichtet, die Sammelstellen zu benutzen⁸. In Art. 42 des Getreidegesetzes wurde durch die Revision von 1981 die bereits seit 1962 bestehende Bewilligungspflicht für den Betrieb von Sammelstellen in ein formelles Gesetz aufgenommen⁹. Damit eine rationelle und kostensparende Einlieferung des Brotgetreides möglich ist, sollten die Sammelstellen innerhalb vernünftiger Distanzen vom Produzenten erreichbar sein. Eine angemessene Verteilung der Sammelstellen kommt dieser Zielsetzung entgegen. Es geht dabei primär um die Förderung des Getreideanbaus und nicht darum, die Sammelstelleninhaber vor Konkurrenten zu schützen. Dieses Ziel ist erst sekundär zu verfolgen, wenn ein ruinöser Konkurrenzkampf unter den Sammelstellen das Versorgungsnetz zerstörte, so dass nur noch wenige Betriebe überlebten und dadurch weite und mühsame Anlieferungswege entstünden. Die Sammelstellen sollen andererseits über ein so grosses Einzugsgebiet verfügen, dass sie das Getreide rationell trocknen, reinigen und dem Bund übergeben können.

B. Offenheit

1. Die massgebenden Regelungen

Verordnung 1 zum Getreidegesetz vom 10. November 1959, SR 916.111.01

Art. 10bis (Fassung vom 12. Juli 1963)

¹ Zum Betrieb einer regionalen Sammelstelle für Inlandgetreide (Art. 10 Abs. 3) bedarf es der vorgängigen Ermächtigung durch die Verwaltung. Sie kann an Unternehmen erteilt werden, welche über die nötigen Einrichtungen und Räumlichkeiten verfügen, um den in Art. 10 Abs. 3 erwähnten Zweck erfüllen zu können. Die zu schaffende Sammelstelle muss über ein angemess-

8 Neben den privaten Getreidesammelstellen, die das Getreide trocknen, reinigen und für den Produzenten dem Bund abliefern, bestehen sog. Ortssammelstellen, welche die Eidgenössische Getreideverwaltung errichtet. Sie übernehmen vom Produzenten bereitgestelltes, d.h. bereits getrocknetes und gereinigtes Getreide (Art. 42 des Getreidegesetzes, SR 916.111.0).

9 Die Bewilligungspflicht wurde 1962 durch Art. 10bis der Verordnung 1 zum Getreidegesetz, SR 916.111.01, eingeführt. Zwei Jahre später glaubte man, mit der Änderung von Art. 8 des Getreidegesetzes, SR 916.111.0, die gesetzliche Grundlage dazu geschaffen zu haben. Art. 8 ermächtigte den Bund, die Organisation zur Übernahme festzulegen. In der Delegation fehlt aber jeder Hinweis auf die Einführung einer wirtschaftspolitisch motivierten Bewilligungspflicht. Ebenso wenig geht aus den Zielsetzungen des Gesetzes zwingend eine Beschränkung der HGF hervor. Art. 8 des Getreidegesetzes erfüllt die Voraussetzung als gesetzliche Grundlage zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum nicht. Er bestimmt keineswegs "in grundsätzlicher Hinsicht 'Inhalt, Zweck und Ausmass', wobei bei schweren Eingriffen in die Rechtsstellung des Bürgers in den wesentlichen Fragen klare Richtlinien aufzustellen sind" (Imboden/Rhinow, Nr. 63 B III). Erst der revidierte Art. 42 des Getreidegesetzes aus dem Jahre 1981 erwähnt die Bewilligungspflicht für Sammelstellen (BBl. 1981 I 393 ff.).

senes Einzugsgebiet verfügen. Die Wahl ihres Standortes unterliegt der Genehmigung durch die Verwaltung. Diese kann das Einzugsgebiet jeder Sammelstelle festsetzen, wobei die beteiligten Kantone anzuhören sind. In der Ermächtigung der Verwaltung wird festgelegt, ob die Sammelstelle das Getreide getrennt für jeden einzelnen Produzenten oder kollektiv abliefert. Die Verwaltung kann die Ermächtigung für den Betrieb einer Sammelstelle widerrufen, wenn sich diese nicht an die gesetzlichen Bestimmungen oder die ihr auferlegten Bedingungen hält.

.

.

Obwohl die langjährige Konkretisierung des alten Art. 10bis der Verordnung 1 zum Getreidegesetz im folgenden untersucht wird, sei zum Vergleich der von der Praxis beeinflusste neue, im Mai 1982 in Kraft gesetzte Art. 10bis dem alten gegenübergestellt:

Art. 10bis (Fassung vom 12. Mai 1982)

¹Eine Sammelstelle darf betreiben, wer eine Bewilligung der Verwaltung besitzt. Eine Bewilligung ist auch erforderlich für die Eröffnung von Filialbetrieben, den Ausbau bestehender Sammelstellen sowie die Umwandlung von Sammelstellen mit Einzelablieferung (Einzel-Sammelstelle) in Sammelstellen mit kollektiver Ablieferung (Kollektiv-Sammelstelle).

²Die Bewilligung wird nur Unternehmen erteilt, die für ihre Aufgaben (Art. 10 Abs. 3) über die nötigen Einrichtungen und Räumlichkeiten verfügen.

³Die Sammelstelle muss über ein angemessenes Einzugsgebiet verfügen. Nötigenfalls setzt die Verwaltung das Einzugsgebiet fest oder beschränkt die Lagerkapazität und die Übernahmemenge; dabei hört sie die beteiligten Kantone an. Den Interessen bestehender Sammelstellen ist ausreichend Rechnung zu tragen.

.

.

.

Offen formuliert sind im alten Art. 10bis Abs. 1 der Verordnung 1 zum Getreidegesetz folgende Bewilligungsvoraussetzungen: Verfügen über die nötigen Einrichtungen und Räumlichkeiten sowie Vorhandensein eines angemessenen Einzugsgebietes. Zusätzlich ist die Bewilligungserteilung mit einer Kann-Formulierung in den Gestaltungsbereich der Verwaltung gestellt.

Das Hauptgewicht wird in der vorliegenden Untersuchung auf das angemessene Einzugsgebiet gelegt. Dieses offen formulierte Kriterium macht die Bewilligung zur wirtschaftspolitischen. Weder der Gesetz- noch der Ordnungsgeber hat Anweisungen zum Vorgehen des Vollzugsorgans aufgestellt. Ebenso fehlen Verwaltungsvorschriften.

2. Funktion der Offenheit

Die Eidgenössische Getreideverwaltung muss aufgrund der Verordnung 1 zum Getreidegesetz in der ganzen Schweiz die Getreidesammelstellen bewilligen. Der Umfang des Getreideanbaus und die geographischen Gegebenheiten in den ver-

schiedenen Regionen sind äusserst unterschiedlich. Ebenso ist die historisch gewachsene Struktur der Getreidewirtschaft je nach Gegend verschieden. Diesen Vorbedingungen soll die Getreideverwaltung Rechnung tragen und auf sie eingehen, um jeweils eine optimale Lösung zu finden. Die Offenheit der Verordnung ermöglicht ein spezifisches Vorgehen. Sie erlaubt auch, in gewissem Umfange Strukturpolitik zu betreiben¹⁰, d.h. in bezug auf die Getreidewirtschaft den Anbau so zu fördern, wie es den topographischen und klimatischen Bedingungen entspricht.

Für die Sammelstellen bedeutet dies die Schaffung eines den natürlichen und gewachsenen Gegebenheiten adäquaten Netzes von Betrieben. Es geht nicht nur darum, dem Einzelfall gerecht zu werden, sondern auch eine Entwicklung zu unterstützen und in gewissem Rahmen zu lenken, in beschränktem Umfange Strukturpolitik zu betreiben. Die Offenheit hat die Funktion, sowohl Einzelfallgerechtigkeit als auch Politik zu ermöglichen.

C. Konkretisierung der offenen Normen durch die Getreideverwaltung¹¹

Was das Bewilligungsverfahren anbelangt, entwickelt die Eidgenössische Getreideverwaltung ein Vernehmlassungsverfahren bei den von einer Neuzulassung betroffenen Sammelstellen. Damit hofft sie, die konkrete Situation und die Interessenlage besser abklären zu können. Ausserdem berücksichtigt sie die Produktionsbedingungen der Bauern.

Der Gesuchsteller muss zunächst das Vorliegen eines angemessenen Einzugsgebietes nachweisen. Für die neue Sammelstelle müssen genügend Produzenten unter Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit der bereits bestehenden Sammelstellen vorhanden sein. Die Bewilligungserteilung ist davon abhängig, ob die anfallende Getreidemenge für einen weiteren Betrieb ausreicht, ohne dass die Rentabilität der bereits bestehenden Sammelstelle gefährdet wird. Daneben werden die Anlieferungswege der Bauern distanzmässig und topographisch in die Beurteilungen einbezogen. Sie können ausnahmsweise das ausschlaggebende Kriterium für die Bewilligungserteilung sein. In einem Fall beschränkte die Getreideverwaltung allerdings die Übernahmemenge auf eine maximale Höhe, um die gegebenen Konkurrenzverhältnisse nicht allzusehr zu verschärfen. Dieses Vorgehen rechtfertigte sie mit dem Argument in maiore minus: Gemäss Art. 10bis der Verordnung 1 zum Getreide-

10 Unter Strukturpolitik versteht z.B. Jean-Pierre Bonny, Direktor des BIGA, "wirtschaftspolitische Massnahmen, mit denen der Staat auf die Zusammensetzung des Produktions-sortiments, auf die Produktionsverfahren, auf das Faktorverhältnis und die regionale Verteilung der Produktionsstandorte Einfluss nimmt" (vgl. Willi Linder, Soll der Staat Strukturpolitik betreiben? Ein Vortrag von BIGA-Direktor Jean-Pierre Bonny, in der NZZ vom 26. Mai 1982 Nr. 119).

11 Herrn Vizedirektor A. Blatter und Herrn lic. iur. H. Wintsch von der Eidgenössischen Getreideverwaltung sei für die ausführliche Darstellung der Bewilligungspraxis und das Überlassen einiger unveröffentlichter Entscheide herzlich gedankt.

gesetz in der Fassung vom 12. Juli 1962 hatte sie lediglich die Möglichkeit, die Einzugsgebiete der Sammelstelle abzugrenzen¹². Die Zuteilung örtlich umgrenzter Gebiete hätte aber den viel schwerwiegenderen Eingriff bedeutet, da es an einigermaßen abgrenzbaren Einzugsgebieten fehlte¹³.

Aus Stellungnahmen der Eidgenössischen Getreideverwaltung zu Beschwerden gegen ihre Verfügungen geht hervor, dass sie den Begriff "angemessenes Einzugsgebiet" mit Bedürfnis an einer Sammelstelle gleichsetzt¹⁴. Dieses Bedürfnis orientiert sich in erster Linie an der Rentabilität der bestehenden Betriebe. Weitere Kriterien können die zu berücksichtigenden spezifischen Anliegen der Produzenten sein. Das Einzugsgebiet erachtet man als angemessen, wenn die Sammelstellen mit den zu übernehmenden Getreidemengen einen Umsatz realisieren, der die Unternehmen wirtschaftlich lebensfähig macht. Die Übernahmekapazitäten und technischen Einrichtungen müssen auf die zu erwartende Getreidemenge abgestimmt sein. Ein ruinöser Konkurrenzkampf sollte unterbleiben. Ziel von Art. 10bis der Verordnung 1 zum Getreidegesetz sei es nicht zuletzt, die Gesteungskosten, zu denen auch die Auslagen für Reinigung und Trocknung des Getreides gehören, für den Produzenten und den Bund zu senken. Aus diesem Grunde müssen für die Bewilligung einer neuen Sammelstelle rentable Produktionsbedingungen nachgewiesen werden.

D. Beurteilung der Konkretisierungstätigkeit der Eidgenössischen Getreideverwaltung

Die im alten Art. 10bis Abs. 1 der Verordnung 1 zum Getreidegesetz verankerte Kann-Formulierung wird von der Getreideverwaltung kaum berücksichtigt. Sie setzt sich darüber hinweg. Untersucht wird nur, ob die nötigen Einrichtungen und Räumlichkeiten vorhanden sind oder errichtet werden. Anschliessend klärt sie die Angemessenheit des Einzugsgebietes ab. Die Nichtbeachtung der Kann-Formulierung kommt auch in der Revision der Verordnung 1 zum Getreidegesetz vom 12. Mai 1982 zum Ausdruck, in der sie ersatzlos gestrichen wurde. Diese Vernachlässigung erstaunt zunächst, wird doch häufig eine Ermessensermächtigung mit unbestimmten Gesetzesbegriffen kombiniert. Sie bestätigt dagegen den theoretischen Ansatz, dass der Unterschied zwischen Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen nicht qualitativer Natur ist¹⁵. Nachdem ein angemessenes Einzugsgebiet festgestellt wurde, müsste die Bewilligung in der Regel aus Gründen der Rechts-

12 Heute ist auch die Beschränkung der Übernahmemenge vorgesehen, revidierter Art. 10bis der Verordnung 1 zum Getreidegesetz, SR 916.111.01.

13 BGE 106 Ib 40 f.

14 Die Gleichsetzung der beiden Begriffe ist aus verschiedenen unveröffentlichten Verfügungen der Eidgenössischen Getreideverwaltung ersichtlich.

15 Vgl. vorne S. 43 ff.

gleichheit erteilt werden. Ein zusätzlicher Gestaltungsbereich bestünde nur, wenn auf weitere Erteilungskriterien abgestellt werden könnte, die in einem materiellen Gesetz verankert sein oder sich aus sachlichen Gründen zwingend ergeben müssten. Solche weitere Kriterien sind jedoch kaum denkbar.

Der Ausdruck "angemessenes Einzugsgebiet" tendiert von seinem semantischen Gehalt her dazu, primär die Interessen der Sammelstelleninhaber zu schützen. Wie vorne aufgezeigt, ist die Bewilligungspflicht der Zielsetzung der gesamten Rechtsordnung unterzuordnen. Daraus ergibt sich, dass das Hauptziel die rationelle und kostengünstige Getreideablieferung ist. Die Verfolgung dieses Ziels ist auch das Hauptanliegen der Eidgenössischen Getreideverwaltung.

Die Getreideverwaltung setzt den Begriff "angemessenes Einzugsgebiet" mit "Bedürfnis" gleich, ohne dies allerdings zu begründen. Im Zusammenhang mit der Abklärung dieses Bedürfnisses prüft sie u.a. auch die Interessen der Produzenten, ihre Anlieferungswege usw. Sie gelangt zu einer gesetzesadäquaten Konkretisierung, indem sie einen unbestimmten Gesetzesbegriff durch einen dem Gesetzeszweck näherstehenden vagen Begriff ersetzt.

Die Auswechselbarkeit der unbestimmten Begriffe macht deren geringen semantischen Gehalt offenbar. Ihre nähere Bestimmung sollte aber vom Gesetzeszweck und ihrem rechtlichen Umfeld her erfolgen. Dies muss offengelegt und bewusstgemacht werden¹⁶. Die Ersetzung eines unbestimmten Begriffs durch einen andern ist zu vermeiden. Dadurch wird der Konkretisierungsvorgang vernebelt – auch wenn das Ergebnis dem Willen des Rechtssetzers entspricht.

Mit der starken Betonung der Rentabilität der Sammelstellen entfernt sich m.E. die Getreideverwaltung etwas von den eigentlichen Zielsetzungen des Gesetzes. In erster Linie soll der Getreideanbau gefördert werden. Sicherlich ist damit auch die rentable Aufbereitung des Getreides verknüpft. Die Wirtschaftlichkeit der Sammelstellen darf aber nicht von vornherein über die Interessen der Bauern gestellt werden. Das angemessene Einzugsgebiet ist nicht nur zugunsten der Sammelstelleninhaber, sondern auch im Interesse der Produzenten zu beurteilen. Eine solche Gewichtsverlagerung wäre durch die Besinnung auf das Rechtsganze, auf die gesamte Getreidewirtschaftsordnung, zu vermeiden.

Die offene gesetzliche Bestimmung benutzt die Getreideverwaltung dagegen zu Recht, um die Bewilligungserteilung von den jeweils konkret vorliegenden Verhältnissen abhängig zu machen. Sie will damit dem Einzelfall und noch viel mehr den spezifischen Möglichkeiten der Getreidewirtschaft in der betreffenden Region gerecht werden, womit sie – wenn auch in bescheidenem Umfang – Strukturpolitik betreibt. Diese Grundhaltung zeigte sich auch im Entscheid, statt die Einzugsgebiete festzulegen, die Übernahmemenge zu beschränken. Diese vom Wortlaut des Erlasses abweichende Verfügung trägt den speziellen Gegebenheiten Rechnung. Sie entspricht dem Prinzip der Verhältnismässigkeit; der weniger schwerwiegende Eingriff führte zum selben Ergebnis. Obwohl auf den ersten Blick eine Ermessens-

16 Zur Bedeutung der Offenlegung des Konkretisierungsprozesses vgl. vorne S. 43 ff.

überschreitung vorzuliegen scheint – der Verordnungsgeber sah lediglich die Bestimmung der Einzugsgebiete vor –, muss m.E. auch das mildere und angemessenere Mittel als gesetzes- und verfassungskonform gelten, da es den Zielsetzungen der gesetzlichen Ordnung näherkommt. Der Konflikt wäre nicht entstanden, hätte der Rechtssetzer statt der Ermessensermächtigung die anzuwendenden Mittel mit einem unbestimmten Begriff umschrieben, wie z.B. “es sind die nötigen Massnahmen zur Existenzsicherung der Sammelstellen vorzukehren”. Diese Tatsache zeigt wiederum, dass zwischen dem Bestimmtheitsgrad von unbestimmten Gesetzesbegriffen und Ermessen kein qualitativer Unterschied besteht, ja dass sogar im Ermessen ein beschränkterer Handlungsumfang liegen kann.

V. Bewilligungen im Zusammenhang mit der Inverkehrsetzung von Milch und Milchprodukten

A. Das Bewilligungssystem

Aus der komplexen, in vielen Bereichen öffentlich-rechtlich reglementierten Milchwirtschaft sollen hier nur die Bewilligungspflichten im Zusammenhang mit den Milchsammelstellen untersucht werden. Art. 5 des Milchbeschlusses¹ schreibt den Milchproduzenten vor, die Milch, die sie zum Konsum oder zur Verarbeitung in Verkehr setzen, an eine Sammelstelle abzuliefern. Die Milch gilt als in Verkehr gesetzt, sobald sie nicht zur Versorgung von Verwandten, Dienstboten, Verpächtern oder Feriengästen, die auf dem Heimwesen wohnen oder mitarbeiten, abgegeben wird. Ein direkter Verkauf der Milch ist nur mit einer Bewilligung zulässig².

Der Produzent muss die Milch an die für das betreffende Heimwesen angestammte Sammelstelle abgeben. Nimmt er die Milchlieferrung neu auf, hat er seine Milch an die nächstgelegene Sammelstelle abzuliefern. Ein Wechsel der Sammelstelle ist nur aufgrund einer Bewilligung erlaubt³. Ebenso braucht der Bauer zur Selbstverarbeitung der Milch eine Bewilligung⁴. Die Errichtung neuer Sammelstellen ist ebenso bewilligungspflichtig⁵.

In der folgenden Untersuchung werden der Wechsel der Milchsammelstelle, der direkte Verkauf und die Verarbeitung im eigenen Betrieb berücksichtigt. Die Bewilligung zur Errichtung neuer Sammelstellen ist heute ohne Bedeutung, da bereits seit Jahrzehnten ein sehr engmaschiges Netz von Betrieben besteht und den Produzenten

1 Beschluss der Bundesversammlung über Milch, Milchprodukte und Speisefett (Milchbeschluss) vom 29. September 1953, SR 916.350.

2 Art. 5 Abs. 2 des Milchbeschlusses, SR 916.350.

3 Art. 1 Abs. 1 und 4 des Milchbeschlusses, SR 916.350.

4 Art. 7 des Milchbeschlusses, SR 916.350.

5 Art. 8 des Milchbeschlusses, SR 916.350.

wegen der grösseren Mobilität weitere Wege zugemutet werden können als früher. Gesuche zum Betrieb neuer Sammelstellen werden deshalb kaum gestellt⁶.

1. Die einzelnen Bewilligungen und ihre Erteilungsvoraussetzungen

1.1. Die Bewilligung zum Wechsel der Sammelstellen

Wünscht ein Milchproduzent bei einer anderen Sammelstelle als bisher seine Milch abzuliefern, muss er sowohl bei der alten als auch bei der neuen Sammelstelle ein Gesuch einreichen⁷. Lehen die Sammelstellen sein Begehren ab, entscheidet das Bundesamt für Landwirtschaft. Es nimmt Kenntnis von den Meinungen der Sammelstellen⁸. Eigentliche Kriterien für die Bewilligungserteilung nennt der Milchbeschluss nicht.

1.2. Die Bewilligung zum direkten Milchverkauf (Selbstauss messen)

Die Bewilligung zum direkten Milchverkauf wird erteilt, falls in zumutbarer Entfernung vom Produzenten keine Sammelstelle existiert und in der Nähe der Konsumenten keine Milchverkaufsstelle besteht oder wenn die zuständige Sammelstelle mit dem Verkauf einverstanden ist⁹.

Zuständig zur Erteilung der Bewilligung ist eine auf Antrag des Kantons durch das EVD bestimmte Amtsstelle oder Kommission. Fehlt eine solche, entscheidet das Bundesamt für Landwirtschaft, nachdem es die mit den örtlichen Verhältnissen vertrauten Gemeindebehörden, Milchproduzenten-, Milchhandels- und Milchkäuferorganisationen sowie eventuell eine von der Gemeinde bestimmte Konsumentenvertretung befragt hat¹⁰.

In der vorliegenden Arbeit werden nur die Verfügungen des Bundesamtes analysiert, welches nach denselben Kriterien urteilen muss wie eine kantonale Amtsstelle.

6 Die Bedeutung der Bewilligungspflicht besteht heute darin, dass es für Dissidenten unmöglich ist, eigene Sammelstellen zu eröffnen.

7 Art. 1 Abs. 4 des Milchbeschlusses, SR 916.350.

8 Art. 9 des Milchbeschlusses, SR 916.350.

9 Art. 1 Abs. 2 des Milchbeschlusses, SR 916.350.

10 Art. 22 des Milchbeschlusses, SR 916.350.

1.3. Die Bewilligung zur Verarbeitung der Milch im eigenen Betrieb

Die Herstellung von Milchprodukten im eigenen Betrieb zum Zwecke des freien Verkaufs oder der Ablieferung kann in begründeten Fällen bewilligt werden¹¹. Voraussetzung ist, dass die zweckmässige Milchverwertung gemäss Art. 10 und 11 des Milchbeschlusses nicht gestört wird. Weitere Entscheidungskriterien fehlen. Der regionale Milchproduzentenverband entscheidet über eingereichte Bewilligungsgesuche. Lehnt der Verband ein Gesuch ab, wird dieses nochmals vom Bundesamt für Landwirtschaft geprüft, welches seinerseits die Ansicht des Produzentenverbandes einholt¹².

2. Zwecke der Bewilligungspflichten

Die verschiedenen Bewilligungen dürfen m.E. unter demselben Aspekt betrachtet werden. Sie bilden zusammen ein in sich geschlossenes Bewilligungssystem.

Die Bewilligungen sind wirtschaftspolitischer und zum Teil polizeilicher Art. Typisch für sie ist, dass die Tätigkeit als solche nicht gestattet ist und erst aufgrund einer "amtlich gestaltenden Anordnung" zulässig wird¹³. Die Bewilligungspflicht ist ein Instrument zur staatlichen Ausgestaltung der angestrebten Ordnung. Sie beeinflusst den grundsätzlich privat organisierten Wirtschaftsablauf in ganz bestimmter Weise, lenkt ihn auf bestimmte Bahnen und steht im Widerspruch zur Handels- und Gewerbefreiheit¹⁴.

Die Bewilligungen im Zusammenhang mit der Verkehrsmilch kanalisieren den Milchstrom vom Produzenten zum Konsumenten. Sie greifen in den Bereich der Milchvermarktung ein. Die heutige rechtliche Ordnung führt zu einer öffentlich-rechtlichen Ablieferungspflicht für Verkehrsmilch¹⁵. Es ist dem Bauern verboten, die Milch selbst zu verarbeiten und danach in Verkehr zu setzen. Erst aufgrund einer Bewilligung darf er selbst Milch ausmessen, Milchprodukte für den Konsum verarbeiten oder die Sammelstelle wechseln. Es handelt sich jeweils um Verbote mit Erlaubnisvorbehalt. Die Bewilligungspflichten dienen einer kostensparenden und zweckmässigen Milchverwertung, was ein wirtschaftspolitisches Anliegen ist. BGE 87 I 424 bezeichnet den Zweck der Sicherstellung eines geordneten Konsummilchvertriebs allerdings als polizeilich motiviert. M.E. dienen die Bewilligungspflichten jedoch primär wirtschaftspolitischen Anliegen¹⁶. Mit der kostensparenden

11 Art. 7 des Milchbeschlusses, SR 916.350.

12 Art. 9 des Milchbeschlusses, SR 916.350.

13 Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 107.

14 Lyk, Wirtschaftspolitische Bewilligung, 20 ff.

15 Falls der Produzent die Milch nicht in Verkehr bringt, sondern im eigenen Betrieb verwendet, besteht keine Ablieferungspflicht.

16 Ebenso ist nach Lyk, Wirtschaftspolitische Bewilligung, 102, die Bewilligung zur Errichtung einer Sammelstelle wirtschaftspolitischer Natur.

und zweckmässigen Milchverwertung soll eine optimale Milchversorgung ohne unnötige Kosten im Interesse der Produzenten und Konsumenten erreicht werden¹⁷. Bereits Art. 26 des Landwirtschaftsgesetzes, auf den sich der Milchbeschluss stützt, verlangt eine geordnete Milchversorgung des Landes zu angemessenen Preisen¹⁸. In einer vom EVD erlassenen Prioritätsordnung wird die kostensparende Vermarktung umschrieben. Danach ist zunächst die Milch lückenlos zu erfassen und primär als Konsummilch, eingeschlossen Rahm und andere Frischmilchprodukte, zu verwenden, was die günstigste und mit den geringsten Verlusten versehene Vermarktungsart sei. Als nächstes sind Käse und andere Dauermilchwaren herzustellen – zweitbeste Verwertungsart. Erst in letzter Hinsicht kann Butter produziert werden, was relativ kostspielig und verlustreich ist. Die Sammelstellen sind verpflichtet, die Konsummilchversorgung in ihren Gebieten sicherzustellen. Nur überschüssige Milch darf weiterverarbeitet werden¹⁹.

B. Offenheit

1. Die massgebenden Regelungen

1.1. Offenheit bei der Bewilligung zum Wechsel der Sammelstelle

Beschluss der Bundesversammlung über Milch, Milchprodukte und Speisefette (Milchbeschluss) vom 29. September 1953, SR 916.350

Art. 5

¹Die Milchproduzenten haben in der Regel die Milch, die sie für den Konsum oder zur Verarbeitung in Verkehr bringen (Verkehrsmilch), in die für das betreffende Heimwesen angestammte oder, bei Neuaufnahme der Lieferung, in die nächstgelegene Milchsammel- oder Milchverwertungsstelle (Sammelstelle) abzuliefern. Ausgenommen sind die Versorgung von Verwandten und Dienstboten, von Verpächtern landwirtschaftlicher Betriebe und von Feriengästen, soweit diese Personen auf dem Heimwesen wohnen oder mitarbeiten, sowie die Bedienung von Eltern und Hausgenossen. Das gleiche gilt für die Versorgung gewerblicher Betriebe, die in unmittelbarer Verbindung mit einem Landwirtschaftsbetrieb stehen und vom Milchproduzenten selbst geführt werden.

17 BBl. 1953 I 408, 411, 429, 432; Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 135.

18 Zum angemessenen Preis, vgl. Art. 29 des Landwirtschaftsgesetzes i.V.m. Art. 45 ff. der Allgemeinen Landwirtschafts-Verordnung.

19 Das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Zweckmässigkeit wird ausdrücklich in Art. 11 des Milchbeschlusses und in der Verordnung über die Verwertung der Verkehrsmilch vom 30. April 1957, SR 916.353.1, Art. 4 und 7, angesprochen; vgl. auch Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 135.

⁴Wünscht ein Milchproduzent an eine andere Sammelstelle als bisher zu liefern, so hat er ein entsprechendes Gesuch an die bisherige und die neue Sammelstelle zu richten. Entsprechen nicht beide Sammelstellen dem Gesuch, so ist Art. 9 anwendbar.

Art. 5 Abs. 4 des Milchbeschlusses nennt für den Wechsel der Sammelstelle keine Entscheidungskriterien. Es werden lediglich die Pflicht zur Gesuchstellung und die zur Bewilligungserteilung zuständige Amtsstelle erwähnt. Unter Berücksichtigung von Art. 5 Abs. 1 des Milchbeschlusses muss beim Wechsel, ähnlich wie bei der Neuaufnahme der Milchlieferung, die Distanz zur Sammelstelle berücksichtigt werden²⁰. Die Botschaft zum Milchbeschluss hält fest, es sei auf objektive Kriterien abzustellen, wozu neben den Anlieferungswegen auch die Verwertungsmöglichkeiten in den betroffenen Sammelstellen zählen. Persönliche Motive oder ein höherer Milchpreis in der Nachbarsammelstelle dürfen nicht ins Gewicht fallen²¹.

Da für den Wechsel der Sammelstelle Kriterien fehlen, stellt sich die Frage, ob in diesem Bereich der Bewilligungsbehörde ein gewisser Gestaltungsbereich zusteht²² oder ob – wie bei der Neuaufnahme der Milchlieferung – allein auf den Hüttenweg abzustellen ist. Das in der Botschaft genannte Kriterium der Verwertungsverhältnisse wird im Erlass nicht genannt. Es entspricht aber der Zielsetzung der Milchordnung insgesamt. M.E. ist ein weiterer Gestaltungsbereich anzunehmen, da der Wechsel einer Sammelstelle einen anderen Rechtsvorgang darstellt als die Neuaufnahme der Milchlieferung. Es bestehen bei ihm bereits tatsächliche und rechtliche Beziehungen, die nun gelöst werden sollen. Unter Umständen ist die alte Sammelstelle auf die Milchlieferung angewiesen. Die besondere Rechtssituation verlangt auch eine andere Beurteilung durch die Bewilligungsbehörde.

1.2. Offenheit bei der Bewilligung zum direkten Milchverkauf (Selbstauss messen)

Art. 5 Abs. 2 des Milchbeschlusses

·
·
·

²Der direkte Verkauf von Konsummilch an weitere Bezüger ist nur mit Bewilligung der nach Art. 22 zuständigen Stelle gestattet. Die Bewilligung ist namentlich zu erteilen, wenn in zumutbarer Entfernung vom Produzenten keine Sammelstelle und in der Nähe der Konsumenten keine Milchverkaufsstelle besteht oder wenn die zuständige Sammelstelle einverstanden ist.

·
·
·

20 Das Kriterium der "Angestammtheit" kann kaum in Betracht fallen, da bei einem Wechsel notgedrungen ermassen bereits an eine Sammelstelle geliefert wurde.

21 Botschaft zum Milchbeschluss, BBl. 1953 I 429.

22 Zur positiven Beantwortung eines Gesuches sind die beiden betroffenen Sammelstellen zuständig. Lehnt eine der beiden oder lehnen beide das Gesuch ab, entscheidet das Bundesamt für Landwirtschaft darüber (Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 9 des Milchbeschlusses).

Der direkte Verkauf von Konsummilch ist zu bewilligen, wenn keine Sammelstelle in zumutbarer Entfernung vom Produzenten und wenn in der Nähe der Konsumenten keine Milchverkaufsstelle anzutreffen ist. Sowohl der Begriff der “zumutbaren Entfernung” als auch derjenige der “Nähe” werden nicht weiter erläutert. Sie lassen einen Gestaltungsbereich für die Bewilligungsbehörde offen.

1.3. Offenheit bei der Bewilligung zur Verarbeitung der Milch im eigenen Betrieb

Art. 7 Abs. 2 des Milchbeschlusses

·
·
·

² In begründeten Fällen und vorausgesetzt, dass dadurch die zweckmässige Milchverwertung (Art. 10 und 11) nicht gestört wird, hat der regionale Milchproduzentenverband im Einvernehmen mit den beteiligten Verwerterkreisen einzelnen Produzenten trotz Bestehens einer Sammelstelle die Herstellung von Milchprodukten für den freien Verkauf oder zur Ablieferung zu gestatten. Art. 9 ist anwendbar.

·
·
·

In begründeten Fällen soll es möglich sein, die Verarbeitung von Milch zu Konsumzwecken zu bewilligen. Dabei darf die zweckmässige Milchverarbeitung nicht beeinträchtigt werden.

Die Konkretisierung der Begriffe “begründete Fälle” und “zweckmässige Milchverwertung” schafft zunächst einen gewissen Gestaltungsbereich für das Bewilligungsorgan. Die “zweckmässige Milchverwertung” wird jedoch durch Art. 10 und 11 des Milchbeschlusses und die Verordnung über die Verwertung der Verkehrsmilch²³ bereits enger umschrieben. Art. 5 und 7 der Verordnung setzen – wie oben umschrieben – eine Prioritätsordnung für die Milchverwertung fest. Dadurch bleibt für die Konkretisierung der offenen Norm nur noch wenig Raum. Dagegen ist es Aufgabe der Bewilligungsbehörde, die begründeten Fälle zu umschreiben.

2. Funktion der offenen gesetzlichen Grundlage

Die Bewilligungspflichten im Zusammenhang mit der Milchverwertung sind eingebettet in die weitgehend gelenkte Milchwirtschaft. Grundsätzlich ist jeder privatwirtschaftliche freie Handel mit Milch für den Produzenten verboten. Die Inverkehrsetzung erfolgt in der Regel durch die Sammelstellen, die wiederum nicht frei wähl-

23 SR 916.353.1.

bar sind. Erteilte Bewilligungen haben als Ausnahmen von der strengen Marktordnung zu gelten. Diese Ausnahmen werden aber nicht von klaren, rechtlich erfassten Kriterien bestimmt, sondern offen in den Erlassen formuliert, den Bewilligungsbehörden zur eigenverantwortlichen Beurteilung überlassen. Dennoch wird die Inverkehrsetzung der Milch prinzipiell starr und klar geregelt, Ausnahmen sollen entsprechend der Einzelfallgerechtigkeit gewährt werden. Die Offenheit ermöglicht es, Ungerechtigkeiten und vor allem Unzweckmässigkeiten entgegenzuwirken, die in einem starren System und staatlich gelenkten Markt immer auftreten können.

C. Konkretisierung der Offenheit durch die Bewilligungsbehörden²⁴

Die Bewilligungen werden in erster Instanz von einem Sachbearbeiter des Bundesamtes für Landwirtschaft behandelt.

1. Konkretisierung beim Sammelstellenwechsel

Ein Gesuch, eine Sammelstelle zu wechseln, beurteilt das Bundesamt für Landwirtschaft nach selbst entwickelten Kriterien. Massgebend sind — wie bereits die Botschaft zum Milchbeschluss erwähnt²⁵ — objektive Kriterien; private Interessen oder persönliche Motive dagegen sind unerheblich. Für massgebend hält das Bundesamt die Bedingungen des Hüttenwegs und die Verwertungsverhältnisse in den Sammelstellen. Dabei ist der Prioritätsordnung Rechnung zu tragen²⁶. Ein Wechsel aus der Siloverbotszone in die Silozone wird grundsätzlich abgelehnt, da nur in der Siloverbotszone die kostengünstige Käseproduktion erfolgen kann, im Gegensatz zur mit grösseren Verwertungsverlusten verbundenen Butterherstellung in den Silozonen. Ebenso ist ein höherer Milchpreis zu Recht kein Grund für einen Wechsel²⁷. Dagegen berücksichtigt das Bundesamt für Landwirtschaft die Existenzgrundlage der Käsereien, d.h. deren Beeinträchtigung bei Ausbleiben der Milchlieferung durch einen Sammelstellenwechsel. Ausserdem sollen die Einzugsgebiete der Sammelstellen zweckmässig und sinnvoll abgegrenzt sein. Eine Zerstückelung ist zu vermeiden.

Wird ein Hof zugekauft oder zugepachtet, kann die ganze Milchmenge der angestammten Sammelstelle des Hauptbetriebs abgeliefert werden. Dieses Problem

24 Für grosszügige Auskünfte und die Möglichkeit zur Einsicht in verschiedene Bewilligungsverfahren danke ich Herrn Hofer von der Abteilung Milch des Bundesamtes für Landwirtschaft.

25 BBl. 1953 I 429.

26 Vgl. auch VEB 28 (1958) Nr. 101.

27 Vgl. BBl. 1953 I 429; VEB 26 (1956) Nr. 108.

stellt sich bei der Pacht oder beim Kauf eines selbständigen Landwirtschaftsbetriebs, wozu neben dem Land auch die Gebäude, Ställe, das Wohnhaus usw. gehören. Mit der Ablieferung der ganzen Milchmenge bei einer Sammelstelle erspart man dem Bauern, der zwei Betriebe bewirtschaftet, zusätzliche Umtriebe. Eine Ablieferung an die Sammelstelle des Nebenbetriebs wird aber regelmässig abgelehnt. Dem Produzenten steht auch hier kein Wahlrecht der Sammelstelle zu. Die Prioritätsordnung tritt beim Zukauf oder bei der Zupacht gegenüber den betriebswirtschaftlichen Interessen des Bauern an einer rationellen Ablieferung zurück. In anders gelagerten Fällen dagegen, in denen es auch um betriebswirtschaftliche Anliegen des Produzenten gegangen ist, stellte das Bundesamt für Landwirtschaft die öffentlich-rechtlich motivierte Prioritätsordnung über die privaten Interessen.

Zusammenfassend ist festzustellen: Das Hauptgewicht wird vom Bundesamt für Landwirtschaft auf die Prioritätsordnung der Milchverwertung und den Hüttenweg des Bauern gelegt. Daneben wird die Existenzfähigkeit der Käserei berücksichtigt. Betriebswirtschaftliche Interessen der Produzenten treten in den Hintergrund; ihnen wird lediglich beim Zukauf und bei der Zupacht Rechnung getragen, wobei ein Gesuch zugunsten der angestammten Sammelstelle des Hauptbetriebs regelmässig bewilligt wird, und zwar ohne gründliche Abklärung der vorliegenden betriebswirtschaftlichen Bedingungen sowie der aus der Prioritätsordnung fliessenden wirtschaftlichen Kriterien.

2. Konkretisierung beim direkten Milchverkauf (Selbstauss messen)

Häufig werden die Gesuche um Selbstauss messen im Zusammenhang mit dem "biologischen Landbau" gestellt. Diese Begehren lehnt das Bundesamt in der Regel mit der Begründung ab, der Begriff "biologisch" sei zu ungenau und daher irreführend. Immerhin ist vorgängig abzuklären, ob keiner Ausnahme gemäss Art. 5 Abs. 2 des Milchbeschlusses stattzugeben sei. Seine ablehnende Praxis begründet das Bundesamt damit, dass alle Nahrungsmittel aus einem biologischen Prozess heraus wachsen. Mit der Bezeichnung "biologisch" meint man, dass die Milch auch roh trinkbar sei. Beim Trinken von roher, aus dem biologischen Landbau stammender Milch besteht die Gefahr der Einnahme pathogener Keime. Die Milch darf nach Art. 73bis der Lebensmittelverordnung²⁸ nur dann als trinkfertig bezeichnet werden, wenn eine besonders sorgfältige Gewinnung gewährleistet ist, wie beispielsweise bei der Vorzugsmilch, oder bei einer anderen geeigneten Behandlung, welche die pathogenen Keime vernichtet. Produzenten von Vorzugsmilch im Sinne der Lebensmittelverordnung²⁹ erhalten aus diesen Gründen immer die Bewilligung zur Selbstauss messung, unabhängig davon, ob die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 2 des Milch-

28 SR 817.02.

29 Art. 57 ff. der Lebensmittelverordnung, SR 817.02.

beschlusses erfüllt sind. Es wäre widersinnig und unzumutbar — so das Bundesamt —, wenn die mit höheren Kosten produzierte Vorzugsmilch in den Sammelstellen mit der Milch anderer Produzenten vermischt würde.

3. Konkretisierung bei der Verarbeitung der Milch im eigenen Betrieb

Die Bewilligung zur Verarbeitung der Milch im eigenen Betrieb dient nach Meinung des Bundesamtes für Landwirtschaft vor allem der Produktion von Bergkäse der Bergbauern. Ein anderer Bewilligungsgrund kann die Erhöhung des Käsekonsums sein. Dagegen ist eine Verlagerung der anzubietenden Käsesorte von derjenigen der Sammelstelle zu derjenigen des Landwirtschaftsbetriebs ohne Konsumerhöhung unerheblich. Die Fabrikation von Bergkäse ist zudem nach Möglichkeit auf die Betriebe der Alpwirtschaft zu verlegen, wo der Weg zur Sammelstelle zu weit ist oder die Wegverhältnisse unzumutbar sind³⁰.

Das Bundesamt achtet darauf, keine Präzedenzfälle zu schaffen, aufgrund deren durch weitere Gesuche die Existenzfähigkeit der offiziellen Käserei gefährdet würde.

D. Beurteilung der Konkretisierungstätigkeit der Verwaltung

1. Sammelstellenwechsel

Den Gestaltungsbereich nimmt das Bundesamt für Landwirtschaft lediglich wahr, um jeweils den Hüttenweg des Produzenten und die Verwertungsverhältnisse in den Sammelstellen zu beurteilen. Die Offenheit dient aber in einem vom öffentlichen Recht starr erfassten System der Einzelfallgerechtigkeit. M.E. müssten deshalb vermehrt die Anliegen des Produzenten, wie z.B. die betriebswirtschaftlichen Interessen, berücksichtigt und gegenüber den öffentlich-rechtlichen Verwertungsinteressen abgewogen werden³¹. Es ist nicht einzusehen, warum der Hüttenweg eine so überragende Rolle gegenüber anderen produktionsbedingten Interessen spielen soll. Letztlich gehört er wie andere Kriterien auch zu den betriebswirtschaftlichen

30 Fabrikationsmängel in einer Käserei sind kein Grund für die Erteilung einer Bewilligung, obwohl der Milchproduzent grundsätzlich Anspruch auf eine qualitativ gute Käseproduktion hat. Zur Durchsetzung dieses Anspruchs stehen ihm andere Rechtswege offen (unveröffentlichter Entscheid).

31 Die betriebswirtschaftlichen Bedingungen können m.E. auch zu den objektiven Momenten gezählt werden. In der Botschaft zum Milchbeschluss (BBl. 1953 I 429) werden unter den persönlichen Motiven vor allem persönliche Beziehungen zur Sammelstelle oder ein höherer Milchpreis bei einer der Sammelstellen genannt. Unter die abgelehnten persönlichen Motive sind m.E. die betriebswirtschaftlichen Entscheide eines Produzenten — beispielsweise bezüglich einer Produktionsart — nicht zu zählen.

Produktionsbedingungen. Ausserdem zählt ihn die Botschaft zum Milchbeschluss nur als ein mögliches Kriterium unter vielen auf. Der Milchbeschluss selbst erwähnt den Hüttenweg lediglich bei der Neuaufnahme der Milchliefierung und nicht beim Sammelstellenwechsel³². M.E. entwickelten die Bewilligungsbehörden ihrerseits starr feststehende Kriterien zur Erlangung einer Ausnahmegewilligung und werden dadurch der Funktion der Offenheit, Einzelfallgerechtigkeit zu ermöglichen, nicht gerecht.

2. Direkter Milchverkauf (Selbstauss messen)

Das Fehlen einer Sammelstelle in zumutbarer Entfernung sowie einer in der Nähe gelegenen Milchverkaufsstelle – beides im Milchbeschluss genannte Voraussetzungen zur Bewilligungserteilung – werden von der Verwaltung kaum diskutiert. Die Kriterien werden zumeist als nicht erfüllt bezeichnet, ohne auf längere Abklärungen einzugehen. Dagegen wird bei den Gesuchen im Zusammenhang mit dem “biologischen Landbau” abgeklärt, ob eine Ausnahme von der Ablieferungspflicht aufgrund der Lebensmittelverordnung gemacht werden könne, da es sich um auf speziellem Wege hergestellte Milch handle. Die Bezeichnung “biologisch” wird als irreführend und als aus den genannten Gründen mit der Lebensmittelverordnung unvereinbar bezeichnet³³. Bei den Gesuchen von Produzenten von Vorzugsmilch dagegen setzt sich das Bundesamt zu Recht über die im Milchbeschluss angeführten Kriterien hinweg und richtet sich nach der ratio legis. Es berücksichtigt vor allem die in der Lebensmittelverordnung vorgesehenen erhöhten Produktionsbedingungen der Vorzugsmilch.

3. Verarbeitung der Milch im eigenen Betrieb

Im Zusammenhang mit der Verarbeitung der Milch zu Käse im eigenen Betrieb ist gemäss Milchbeschluss abzuklären, wann begründete Fälle vorliegen und – bei Erteilung der Bewilligung – die zweckmässige Milchverwertung nicht gestört wird.

Den mit dem Begriff “begründete Fälle” geschaffenen Gestaltungsbereich scheint das Bundesamt für Landwirtschaft dafür zu benutzen, die Käseproduktion vor allem den Bergbauern vorzubehalten. In dieser Hinsicht betreibt es Strukturpolitik. Diese Konkretisierung ist nicht mehr unter dem Aspekt der Einzelfallgerechtigkeit zu sehen, sondern gehört bereits zur Wahrnehmung wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Anliegen und zu einer gewissen Produktionssteuerung – ein Vorgehen,

32 Art. 5 Abs. 1 und 4 des Milchbeschlusses.

33 Vgl. vorne S. 91 f.

das bei der Konkretisierung von Gestaltungsbereichen legitim ist, solange es im Rahmen der Zweckverfolgung der gesetzlichen Grundlage liegt.

Als weiterer "begründeter Fall" wird die Erhöhung des Käsekonsums beurteilt, was den Zielen der zweckmässigen Milchversorgung entspricht, nach der Überschüsse in der Milchproduktion und damit verbundene Kosten vermieden werden sollen. Dem Interesse der zweckmässigen Milchverwertung dient die Berücksichtigung der Existenzfähigkeit der Käsereien. Zu diesen Schlüssen gelangt die Bewilligungsbehörde im einzelnen Fall ohne grössere rechtliche Ausführungen. Sie scheint sich dabei auf das Gesamtsystem der Milchwirtschaft auszurichten.

VI. Die Bewilligungen im Zusammenhang mit der Energieversorgung

Ursprünglich sollte hier im Zusammenhang mit der Bewilligung von Kernkraftwerken auch die Bewilligung des Energieexports behandelt werden, deren Bewilligungsvoraussetzungen mit dem Kriterium "der fehlenden angemessenen Verwendung der Energie im Inland" (Art. 3 der Verordnung über die Ausfuhr elektrischer Energie vom 23. Dezember 1971, SR 731.21) ebenfalls offen formuliert sind. Leider konnten über die Konkretisierung dieser Bewilligungsvoraussetzung keine Details in Erfahrung gebracht werden, weshalb auf deren Behandlung verzichtet werden muss.

A. Die Bewilligung von Kernkraftwerken

Die Erstellung und der Betrieb einer Atomanlage sowie jede Änderung ihres Zwecks und Umfangs bedürfen einer Bewilligung¹. Die Bewilligung teilt sich auf in eine Rahmen- und eine Bau- und Betriebsbewilligung². Die Rahmenbewilligung legt den Standort und das Projekt in seinen Grundzügen fest³. Sie ersetzt die bisherige Standortbewilligung, die ohne gesetzliche Grundlage durch die Praxis eingeführt wurde⁴.

1 Art. 4 des BG über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz vom 23. Dezember 1959 (Atomgesetz), SR 732.0.

2 Art. 1 des BB zum Atomgesetz vom 6. Oktober 1978, SR 732.01; vgl. zum Verfahren Bridel, *Procédures*, 241.

3 Art. 1 Abs. 3 des BB zum Atomgesetz.

4 Rausch, *Atomenergierecht*, 66.

1. Die Bewilligungsvoraussetzungen

Voraussetzungen zur Erteilung der Rahmenbewilligung sind die Wahrung der äusseren Sicherheit der Schweiz, die Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen, der Schutz von Menschen, fremden Sachen sowie wichtigen Rechtsgütern einschliesslich der Erfordernisse des Umweltschutzes, des Natur- und Heimatschutzes als auch der Raumplanung⁵. Der Schutz dieser Güter ist teils zu den polizeilichen Aufgaben des Staates, teils zur selbstverständlichen Verpflichtung, gesetzliche Bindungen einzuhalten, zu zählen. In Art. 3 Abs. 1 lit. b des Bundesbeschlusses zum Atomgesetz wird für die Errichtung einer Atomanlage als Voraussetzung zusätzlich ein hinreichender Bedarf gefordert. Diesem Bedarfsnachweis ist in unserem Zusammenhang besondere Beachtung zu schenken. Bei seiner Beurteilung ist der Möglichkeit, Energie zu sparen, sowie dem Ersatz von Erdöl und der Entwicklung anderer Energie Rechnung zu tragen⁶.

Als weitere Kriterien zur Bewilligungserteilung wird die Regelung der dauernden sicheren Entsorgung, der Endlagerung der radioaktiven Abfälle und der Stilllegung oder des allfälligen Abbruchs ausgedienter Anlagen genannt⁷. Zudem sind Nationalitätsvorschriften zu erfüllen⁸. Das Gesuch um die Rahmenbewilligung hat Angaben zu den verschiedenen Bewilligungsvoraussetzungen zu enthalten und den Bedarf grundsätzlich nachzuweisen⁹. Es wird veröffentlicht. Jedermann kann innert 90 Tagen Einwendungen gegen die Erteilung der Rahmenbewilligung erheben. Der Bund holt bei den Kantonen und den zuständigen Fachstellen des Bundes Vernehmlassungen ein und lässt ein Gutachten über die sich stellenden polizeilichen und "wirtschaftspolitischen" Fragen und die eingereichten Einwendungen und Vernehmlassungen erstellen¹⁰. Die Frage des Bedarfs begutachtet die Eidgenössische Energiekommission (EEK)¹¹. Ihr gehören Vertreter der Energiewirtschaft, der übrigen Wirtschaft und der Umweltschutz- und Konsumentenorganisationen an¹². Wer konkret die Gutachterfunktion ausüben soll, sei – so Rausch¹³ – in der Verordnung noch nicht bestimmt. Tatsächlich veröffentlichte die Energiekommission im Februar 1981 einen Bericht über die Bedarfsfrage von Kernkraftwerken. Sie berücksichtigte den sechsten Zehn-Werke-Bericht des Verbandes Schweizerischer Elektrizitätswerke (VSE) vom Juni 1979 und gab in der Folge verschiedene Studien in Auftrag¹⁴. Gegen die Schlussfolgerungen des Gutachtens und die Vernehmlassungen steht den

5 Art. 3 Abs. 1 lit. a des BB zum Atomgesetz.

6 Art. 3 Abs. 1 lit. b des BB zum Atomgesetz.

7 Art. 3 Abs. 2 des BB zum Atomgesetz.

8 Art. 3 Abs. 3 des BB zum Atomgesetz.

9 Art. 4 Abs. 2 des BB zum Atomgesetz.

10 Art. 5 und 6 des BB zum Atomgesetz.

11 Art. 3 Abs. 4 der Verordnung über das Rahmenbewilligungsverfahren für Atomanlagen mit Standortbewilligung vom 11. Juli 1979, SR 732.011.

12 EEK, Bedarfsnachweis, Anhang 1-1.

13 Rausch, Atomenergierecht, 77.

14 Vgl. EEK, Bedarfsnachweis, 4 f.

Bürgern, Kantonen und interessierten Gemeinden wiederum die Möglichkeit zu begründeten Einwendungen offen. Zu den neuerdings erhobenen Einwendungen können die Kantone, Bundesstellen und Sachverständigen, deren Ausführungen betroffen sind, nochmals Stellung nehmen¹⁵.

Über die Bewilligungserteilung entscheidet anschliessend zunächst der Bundesrat. Entscheidungsgrundlagen bilden das Gesuch mit seinen Angaben, die Vernehmlassungen, Gutachten und Einwendungen¹⁶. Die Stellungnahmen der Kantone, Bundesstellen und Sachverständigen erwähnt Art. 8 des Bundesbeschlusses zum Atomgesetz nicht, was m.E. jedoch ein Versehen des Gesetzgebers war¹⁷. Die Erteilung der Bewilligung durch den Bundesrat bedarf der Genehmigung durch die Bundesversammlung. Ein negativer Entscheid des Bundesrates ist dagegen endgültig¹⁸. In ihrer Kognition ist die Bundesversammlung frei. Sie ist nicht an die Entscheidungsgrundlagen des Bundesrates gebunden¹⁹. Sie kann diese aber zur Entscheidungsfindung beiziehen. Ebenso ist sie nicht auf die vom Bundesrat im Bundesblatt veröffentlichten Angaben beschränkt^{20,21}.

Bei den geplanten Kernkraftwerken, denen bereits eine Standortbewilligung erteilt wurde – Kernkraftwerke Kaiseraugst und Graben –, muss gemäss der Verordnung über das Rahmenbewilligungsverfahren für Atomanlagen mit Standortbewilligung²² nur noch der Bedarfsnachweis erbracht werden. Das Problem der Entsorgung ist gemäss Art. 12 Abs. 2 des Bundesbeschlusses zum Atomgesetz auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme verschoben worden. Das Verfahren wickelt sich grundsätzlich nach den oben umschriebenen Bestimmungen ab, und zwar unter Weglassung der Einwendungsmöglichkeit zu den Schlussfolgerungen des Vernehmlassungsverfahrens und des Gutachtens²³.

2. Mit dem Bewilligungsverfahren verfolgter Zweck

Die Verfassung selbst gibt weder Anhaltspunkte dazu, welche Zwecke mit der Energiepolitik allgemein und mit der Kernenergie im besonderen zu verfolgen sind²⁴, noch wie dabei vorzugehen ist. Art. 24quinquies BV ist ein reiner Kompetenz-

15 Vgl. EEK, Bedarfsnachweis, 4 f.

16 Art. 8 Abs. 1 des BB zum Atomgesetz.

17 Gl.M. Rausch, Atomenergie recht, 78.

18 Art. 8 Abs. 2 des BB zum Atomgesetz.

19 Rausch, Atomenergie recht, 75; Amtl.Bull. S 1978, S. 286; Amtl.Bull. N 1978, S 499; Bridel, Procédures, 257.

20 Art. 8 Abs. 2 des BB zum Atomgesetz.

21 Gl.M. Rausch, Atomenergie recht, 79.

22 SR 732.011.

23 Vgl. Art. 13 und 14 der Verordnung über das Rahmenbewilligungsverfahren mit Standortbewilligung, SR 732.011.

24 Vgl. Art. 24quinquies BV.

artikel ohne jegliche Anweisung zur gesetzlichen Ausgestaltung. Ebenso verzichteten das Atomgesetz wie auch der Bundesbeschluss zum Atomgesetz auf eine Zweckbestimmung. Sie stellen nur Bewilligungsvoraussetzungen auf. Das Kriterium der Wahrung der äusseren Sicherheit, der Erhaltung der übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen, die bereits im Bundesgesetz über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz genannt werden²⁵, sollen aussenpolitische Konflikte im Zusammenhang mit der Verwendung der Atomenergie verhindern. Polizeilich motiviert ist der Schutz von Menschen, fremden Sachen oder wichtigen Rechtsgütern²⁶. Neu gegenüber dem Bundesgesetz über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz werden ausdrücklich die Erfordernisse des Umweltschutzes, des Natur- und Heimatschutzes sowie der Raumplanung angeführt. Diese Aspekte sind unter dem sozialpolitischen Rechtsschutz einzuordnen²⁷.

Einen anderen Zweck verfolgt der Bedarfsnachweis. Die Verhandlungen im Parlament zeigen, dass man zur Garantie der Energieversorgung Kernkraftwerke zulassen wollte, jedoch nur so viele, als dazu notwendig sind. Die Bedürfnisklausel sei nur vor dem Hintergrund verständlich, dass man die Atomanlagen als unsicher betrachtet²⁸. Es ging deshalb nicht darum, einen Wirtschaftsbereich vor Konkurrenz zu schützen, sondern politischen Anliegen, den Befürchtungen in der Bevölkerung, entgegenzukommen. Dem Umschwung der Volksmeinung bezüglich der Entwicklung auf dem Gebiete der Kernkraft sollte Rechnung getragen werden²⁹. "Es gilt dem falschen Eindruck entgegenzutreten, man baue zusätzliche Kernkraftwerke ohne Rücksicht darauf, ob man sie dereinst brauche oder nicht."³⁰ Da unter Berücksichtigung der Dauer des Bewilligungsverfahrens und der Bautätigkeit im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung ein Bedürfnis in 10–17 Jahren abzuklären ist, entsteht für die Bewilligungsbehörde ein sehr weiter Ermessensrahmen³¹. Ausserdem ist es unvermeidbar, dass der Entscheid über die Bewilligungserteilung – da er im Bundesbeschluss zum Atomgesetz letztlich dem Parlament auferlegt wurde – politisch gefällt wird. Das Parlament ist im Gegensatz zu einer Administrativbehörde ein politisches Entscheidungsorgan, das nur bedingt rein polizeilich oder "wirtschaftspolitisch" entscheiden kann. Es besteht keine Gewähr dafür, dass Parlamentarier, die normalerweise politische Ansichten zu vertreten haben, ihre Entscheidung ausschliesslich auf rechtliche Überlegungen abstützen, ohne ihre persönlichen politischen Meinungen über die Zweckmässigkeit von Kernkraftwerken in die Dezision hineinzutragen. Sie sind nicht das Organ in unserem Staat, das in der Regel in enger

25 Art. 5 Abs. 1 des BG über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz.

26 Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 57.

27 Imboden/Rhinow, Nr. 60 A II i.V.m. Nr. 139 B II c.

28 Amtl.Bull. S 1978, S. 276.

29 Amtl.Bull. N 1978, S. 506.

30 Amtl.Bull. S 1978, S. 253; Amtl.Bull. N 1978, S. 484; auch Bundesrat Ritschard sah für den Bedarfsnachweis eine politische Berechtigung, Amtl.Bull. S 1978, S. 278.

31 Amtl.Bull. S 1978, S. 255.

Anlehnung an Rechtssätze Gesetze vollzieht. Mit der Genehmigung durch das Parlament wird somit eine politische Beurteilung in Kauf genommen³². Der Beschluss über die Bewilligungserteilung wird damit zu einem Führungsmittel der Energiepolitik³³. Dennoch hat sich aber das Parlament um eine möglichst sachgerechte Beurteilung des Bedarfs zu bemühen. Andernfalls hätte der Gesetzgeber auf jede Anweisung bezüglich der Entscheidungskriterien verzichten können. Auch wenn er nur vage Kriterien setzte, sollten sie ernst genommen werden. Es zeigt sich hier die Problematik einer Bewilligungserteilung durch das Parlament. Die Gefahr, sich bei offenen Bewilligungsvoraussetzungen nicht von rechtlichen Kriterien, sondern von politischen Wertungen leiten zu lassen, erhöht sich beim Übergang der Entscheidungsgewalt von der Verwaltung auf das Parlament³⁴. Bundesrat Ritschard geht zu weit, wenn er ausführt³⁵: "Dieses Gesetz gibt uns die Möglichkeit, zu einem Atomkraftwerk nein zu sagen, auch wenn ein Ja rechtlich ebenfalls möglich wäre." Die sachlichen Abklärungen und rechtlichen Entscheidungskriterien dürfen nicht von vornherein in den Hintergrund gestellt werden.

Das Motiv für die Einführung der Bedürfnisklausel war kein wirtschaftspolitisches, sondern ein allgemein-politisches, das den Anliegen der Kernenergiegegner und der in den letzten Jahren entstandenen Grundstimmung Rechnung tragen sollte³⁶. Ein polizeilicher Aspekt schwang bei der Einführung des Bedarfsnachweises mit. Es stellte sich das Problem, wie einer möglichen Katastrophe, für deren Eintritt eine äusserst kleine Wahrscheinlichkeit besteht, zu begegnen sei. Mit der Bedürfnisklausel wird in diesem Zusammenhang ein typisch wirtschaftspolitisches Instrument zu einem politischen Mittel umfunktioniert³⁷, um damit zu erreichen, dass nicht mehr als notwendig von dieser Grosstechnologie verwirklicht werde. Das Fehlen einer wirtschaftspolitischen Motivierung zeigt sich auch darin, dass der Bedürfnisnachweis allein bei Kernkraftwerken zu erbringen ist, deren Technologie als besonders risikoreich für Mensch und Umwelt empfunden wird.

Mit der Bedarfsabklärung auf einen Zeitpunkt von mindestens zehn Jahren verlangt das Recht von der Technik und der Wirtschaft eine Antwort auf eine Frage, die beide von ihrer Struktur her nur bedingt leisten können. Wirtschaft und Technik sind stärker dem Moment verhaftet als das Recht. Weder sind sie so sehr der Tradi-

32 Aus diesem Grunde wurde die Bewilligung in den Beratungen häufig auch als Konzession bezeichnet (Amtl.Bull. S 1978, S. 255), m.E. allerdings zu Unrecht, da dem Bund kein Monopol zur Errichtung und zum Betrieb von Atomanlagen zusteht, aufgrund dessen er Privaten ein Recht einräumen könnte (Imboden/Rhinow, Nrn. 46, 119 und 120).

33 Amtl.Bull. N 1978, S. 509.

34 Zur Pflicht, sich nach dem Bedarf zu richten und auf politische Aspekte zu verzichten, vgl. Atomgesetzrevision durchleuchtet.

35 Atomgesetzrevision durchleuchtet, S. 15.

36 In der Botschaft über die Ergänzung des Atomgesetzes vom 24. August 1977, BBl. 1977 III 344, wird der Bedarfsnachweis als nicht wirtschaftspolitisch, sondern "durch die Sorge um die allgemeine Sicherheit begründet" bezeichnet.

37 Obwohl die Einführung des Bedarfsnachweises politisch motiviert war, muss die Entscheidung über das Vorhandensein eines Bedarfs von rechtlichen und sachlichen Überlegungen getragen sein.

tion verbunden noch in dem Masse auf Dauer ausgerichtet. Sie stellen wohl Prognosen, legen sich aber letztlich nur für den Moment fest³⁸, wogegen das Recht grundsätzlich auf Dauer und Normativität ausgerichtet ist.

Die Rechtsnatur der Rahmenbewilligung wird äusserst unterschiedlich beurteilt als Konzession³⁹, Polizeibewilligung⁴⁰, wirtschaftspolitische Bewilligung⁴¹ oder Bewilligung sui generis bzw. Mischform⁴². Die Rahmenbewilligung ist m.E. keine Konzession, da der Staat mit ihrer Erteilung kein Recht überträgt⁴³. Obwohl die Einführung der Bedürfnisklausel zum Teil durch die Gefahren der Kernkraftwerke begründet wurde, stellt die Rahmenbewilligung keine rein polizeilich motivierte Bewilligung dar. Das Bedarfserfordernis wirkt sich wirtschaftspolitisch aus. Es führt letztlich nicht nur zu einer reinen Gefahrenabwehr, der durch die übrigen Bewilligungsvoraussetzungen – Wahrung der äusseren Sicherheit der Schweiz, Schutz von Menschen, fremden Sachen oder wichtigen Rechtsgütern usw.⁴⁴ – bereits Genüge getan wäre. Motiviert ist der Bedarfsnachweis auch nicht wirtschaftlich, seine Auswirkungen gehen aber in diese Richtung. Die Errichtung von Kernkraftwerken ist beschränkt; sie ist nicht der freien Marktentwicklung überlassen, soweit eine solche überhaupt zu bestehen vermag. Die Rahmenbewilligung stellt somit eine Bewilligung sui generis dar, wobei die Bedürfnisklausel politisch motiviert ist, dabei aber wirtschaftspolitische Auswirkungen zeitigt⁴⁵. Die übrigen Voraussetzungskriterien sind mehrheitlich polizeilicher Natur.

B. Die Offenheit

1. Die massgebenden Regelungen

Bundesbeschluss zum Atomgesetz vom 6. Oktober 1978, SR 732.01

Art. 3

¹ Die Rahmenbewilligung ist zu verweigern oder von der Erfüllung geeigneter Bedingungen oder Auflagen abhängig zu machen, wenn

38 Vgl. ähnlich Oftinger, Punktationen, 30 ff.

39 Amtl.Bull. S 1978, S. 255.

40 Thomas Fleiner, Verwaltungsrecht, 164 ff., sieht in der Rahmenbewilligung eine Ausnahmebewilligung, die je länger, je stärker die klassische Polizeibewilligung abzulösen beginnt. Allerdings stehe sie der Konzession sehr nahe, da die Genehmigung durch das Parlament ihren politischen Charakter unterstreiche.

41 Schürmann, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 58 f.

42 Rausch, Atomenergierrecht, 67; Amtl.Bull. S 1978, S. 268; Fischer, Bewilligung, 103 ff., unterscheidet zwischen den Absichten des Gesetzgebers und den möglichen Auswirkungen. Erstere führen zu einer Bewilligung sui generis, letztere zu einer wirtschaftspolitischen Bewilligung.

43 Vgl. dazu Thomas Fleiner, Verwaltungsrecht, 168; Imboden/Rhinow, Nrn. 119 und 120.

44 Art. 3 Abs. 1 lit. a des BB zum Atomgesetz.

45 Ähnlich Fischer, Bewilligung, 103 ff., und Rausch, Atomenergierrecht, 67, der eine Mischform annimmt.

- a) dies notwendig ist zur Wahrung der äusseren Sicherheit der Schweiz, zur Einhaltung der von ihr übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen oder zum Schutz von Menschen, fremden Sachen oder wichtigen Rechtsgütern einschliesslich der Erfordernisse des Umweltschutzes, des Natur- und Heimatschutzes sowie der Raumplanung;
- b) an der Anlage oder an der Energie, die in der Anlage erzeugt werden soll, im Inland voraussichtlich kein hinreichender Bedarf bestehen wird; bei der Ermittlung des Bedarfs ist möglichen Energiesparmassnahmen, dem Ersatz von Erdöl und der Entwicklung anderer Energieformen Rechnung zu tragen.

Offenheiten der Gesetzgebung finden sich einerseits bei den polizeilichen und andererseits beim politischen bzw. wirtschaftspolitischen Bewilligungskriterium.

Wann die äussere Sicherheit der Schweiz gewahrt werden muss, kann nicht mit absoluter Bestimmtheit gesagt werden. Dagegen wird es mehr oder weniger offensichtlich, wenn die übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht mehr eingehalten werden. Auch der Schutz von Menschen, fremden Sachen oder wichtigen Rechtsgütern kann in Grenzfällen zu Unsicherheiten führen. Dennoch wäre eine Gefahr mittels technischer Daten einigermaßen erfassbar. Es bestehen jedoch auch hierüber kontroverse Anschauungen, insbesondere in der Frage, wann der Sicherheit Genüge getan sei. Die Verordnung über den Strahlenschutz beschränkt die Abgabe radioaktiver Stoffe an die Umwelt mengenmässig. Da sich diese Verordnung aber nicht direkt auf Kernkraftwerke⁴⁶ bezieht, stellt die Abteilung für Sicherheit der Kernanlagen Richtlinien über die Sicherheitsvorkehrungen auf. Sie legt u.a. maximale Grenzwerte für die von Kernkraftwerken abgebbaren Strahlenmengen fest. In der Bewilligungserteilung wird die Einhaltung dieser Richtlinien zur Bedingung gemacht. Die Kommission für Sicherheit von Atomanlagen prüft ausserdem, ob die vorgekehrten Sicherheitsmassnahmen den "dem Stand der Wissenschaft und Technik notwendigen und zumutbaren Sicherheitsbedingungen für den Bau und Betrieb von Atomanlagen" entsprechen⁴⁷.

Eine ebenso grosse Unsicherheit liegt in der Rücksichtnahme auf die Erfordernisse des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes. Was ist schützenswert? Wann besteht eine zu grosse Umweltbelastung? Der Begriff Natur- und Heimatschutz schliesst die Aufgaben des Landschaftsschutzes und des Ortsbildschutzes ein^{48,49}.

Eine noch grössere Unsicherheit schafft der Bedarfsnachweis. Hier sind die Kriterien zur Bestimmung der Erteilungsvoraussetzungen noch schwieriger zu

46 Art. 107 der Verordnung über den Strahlenschutz vom 30. Juni 1976, SR 814.50.

47 Art. 3 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Eidgenössische Kommission für Sicherheit von Atomanlagen, SR 732.21.

48 Rausch, Atomenergierecht, 105.

49 Der Problematik, inwieweit sich kantonale Vorschriften bezüglich des Natur- und Heimatschutzes auf die Errichtung eines Atomkraftwerkes, insbesondere auf die Erstellung von Kühltürmen, auswirken, kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht nachgegangen werden. Vgl. dazu Rausch, Atomenergierecht, 107 ff.; BGE 103 Ia 329 ff.

setzen. Sie liegen in der Zukunft. Gerade die Entwicklung der letzten 20 Jahre zeigt aber, wie rasant und unberechenbar sich die Zukunft gestalten kann. Mangels bestimmter wirtschaftlicher und technischer Daten zur Abschätzung des Bedarfs verzichtet Art. 3 Abs. 1 lit. b des Bundesbeschlusses zum Atomgesetz auf das Auflisten von Entscheidungskriterien. Er schreibt lediglich vor, dass möglichen Energiesparmassnahmen, dem Ersatz von Erdöl und der Entwicklung anderer Energieformen Rechnung zu tragen sei. Wie aber der Bedarf konkret zu ermitteln sei, wird damit nicht gesagt. Es entsteht ein erheblicher Gestaltungsbereich für die Verwaltung und das Parlament, der mit vielen Unsicherheiten verbunden ist.

2. Funktion der Offenheit

Die offene Formulierung, insbesondere das Erfordernis des Bedarfsnachweises ohne nähere Konkretisierung im Bundesbeschluss, kam nicht zufällig zustande. Im Nationalrat stellte man fest, jeder Bedarfsnachweis sei politisch bedingt und bleibe eine unklare und unpräzise Grösse⁵⁰. Man ist sich der Schwierigkeit bewusst, die in der frühzeitigen Abschätzung des Energiebedarfs auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Anlage hin liegt. Die Frage ist nicht rein mathematisch, statistisch zu lösen, sondern es sind mit ihrer Beantwortung gleichzeitig politische Entscheide zu fällen. Der angestrebte Grad der Versorgungssicherheit sowie des wirtschaftlichen Wachstums spielt beispielsweise eine wichtige Rolle⁵¹.

In den parlamentarischen Beratungen erkannte man den enormen Ermessensspielraum, der darin besteht, dass nicht ein momentaner, sondern ein sich in 10–17 Jahren stellender Energiebedarf abzuschätzen ist⁵².

Funktional betrachtet, führt die Offenheit der gesetzlichen Grundlage dazu, dass letztlich nicht im Moment des Gesetzgebungsverfahrens über die Errichtung von Atomanlagen beschlossen, sondern die Entscheidung mit dem Bedarfsnachweis aufgeschoben wird und bei jedem Gesuch neu gefällt werden muss. Mit der Gesetzgebung wurde nur ein sehr dürftiges Entscheidungsinstrument geschaffen. Der Entscheid über die Anzahl Kernkraftwerke, die Frage des "nicht Mehr als unbedingt notwendig" stellt sich damit immer wieder neu. Dabei geht es primär nicht um den Schutz eines Wirtschaftszweiges, sondern darum, wegen der befürchteten Gefahren nur das Notwendigste dieser Grosstechnologie zu verwirklichen. Die Offenheit dient nicht dazu, den Verwaltungsbehörden die zur Anpassung an die jeweilige Marktsituation notwendige Flexibilität zu verschaffen. Sie steht eher in einem engen Zusammenhang zur Gefahrenabwehr, die dadurch noch verstärkt werden soll, dass trotz der Vorkehrungen von Sicherheitsmassnahmen der Bau einer Atomanlage verweigert werden kann, wenn sie nicht unbedingt benötigt wird. Den Grund für die offene

50 Amtl.Bull. N 1978, S. 489.

51 Amtl.Bull. N 1978, S. 505 f.

52 Amtl.Bull. S 1978, S. 255.

gesetzliche Verankerung stellt die grosse Gefährdung dar, die von solchen Anlagen ausgehen soll. Der Anspruch auf die Erteilung einer Bewilligung wird durch das Kriterium des Bedarfsnachweises nicht negiert, aber die Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen liegt nicht mehr allein im Machtbereich des Gesuchstellers.

Die Offenheit hat letztlich eine politische Funktion⁵³. Die Frage über den Bau einer Kernanlage sollte nicht im voraus entschieden, sondern bei jedem Bewilligungsgesuch von Fall zu Fall gelöst werden. Ausserdem hielt man diese Frage für so wichtig, dass man sie nicht in den Entscheidungsbereich der Verwaltung stellte, sondern sie dem Parlament überliess, was nach der klassischen Gewaltenteilung unüblich ist. Grundsätzlich ist es Aufgabe der Verwaltung, über Einzelprojekte zu verfügen. Die Wichtigkeit der Frage rechtfertigt aber eine Übertragung an das Parlament⁵⁴. Der Vorentwurf zu einem neuen Strahlenschutz- und Kernenergienutzungsgesetz will in einer Variante noch weiter gehen und erklärt, Volk und Stände hätten als letzte Instanz die Bewilligung zu erteilen⁵⁵.

Die Unsicherheit über die einer Kernkraftanlage innewohnenden Gefahren zeigt sich auch darin, dass nur ein positiver Entscheid des Bundesrates vom Parlament genehmigt werden muss. Eine abschlägige Beurteilung eines Gesuchs tritt ohne Genehmigung in Rechtskraft.

Mit der Verankerung des Bedarfsnachweises wird im Grunde nichts entschieden und alles der Bewilligungsbehörde überlassen. Da der Bedarfsnachweis politisch motiviert ist, aber wirtschaftliche Auswirkungen zeitigt, müssen auch beide Kriterien in die Konkretisierung einfließen. Die politischen Überlegungen dürfen aber die – auch bei einer Bedarfsabklärung möglichen – sachlichen Kriterien nicht überspielen.

C. Konkretisierung durch die Bewilligungsbehörden⁵⁶

Erstmals muss die Bedarfsfrage im Zusammenhang mit dem Gesuch um Erteilung der Rahmenbewilligung für das Kernkraftwerk Kaiseraugst abgeklärt werden⁵⁷. Dazu arbeitete die Eidgenössische Energiekommission einen Bericht aus. Sie vergab für einzelne Abklärungen Studien- und Untersuchungsaufträge. Der sechste Zehn-Werke-Bericht des Verbandes Schweizerischer Elektrizitätswerke vom Juni 1979, der den Bedarf zweier weiterer Kernkraftwerke in diesem Jahrhundert nachwies,

53 Vgl. Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für ein Strahlenschutz- und Kernenergienutzungsgesetz, Bern 1981, 12.

54 G. Müller, Rechtssetzung, 107 ff.

55 Art. 55 des Vorentwurfs zu einem Strahlenschutz- und Kernenergienutzungsgesetz.

56 Für grosszügig erteilte Auskünfte danke ich Herrn Dr. Bühlmann von der Abteilung Energiewirtschaft und Recht.

57 Es handelt sich dabei um das verkürzte Verfahren gemäss der Verordnung über das Rahmenbewilligungsverfahren für Atomanlagen mit Standortbewilligung vom 11. Juli 1979, SR 732.011.

lag bereits vor. Die Energiekommission berücksichtigte ausserdem die Arbeiten der Gesamtenergiekommission.

Für die Konkretisierung des Bedarfsnachweises ging es zunächst darum, Entscheidungskriterien zu schaffen. Die Eidgenössische Energiekommission erarbeitet in ihrem Bericht über die Bedarfsfrage ein differenziertes Beurteilungsmodell. Dazu bestimmte sie die für den Bedarfsnachweis wesentlichen Einflussgrössen. Die Untersuchungen beziehen sich jeweils auf das Winterhalbjahr, da in der kalten Jahreszeit der Energieverbrauch grösser ist als im Sommer. Die Prognosen erstellte man für den Zeitraum von 1979–1990 und 1991–2000. Als Einflussgrössen wurden die Wachstumsraten des Bruttoinlandproduktes in drei verschiedenen Intensitätsgraden von 2,8%, 2% und 1,5% pro Jahr über die Zeitspanne von 1980–1990 angenommen. Zudem berücksichtigte die Kommission die mögliche Preisentwicklung der Energieträger. Ausserdem ging man von verschiedenen starken Massnahmen zur Förderung der Energieeinsparungen und der Substitution von Erdöl durch andere Energieträger aus⁵⁸. Ferner wurden drei Varianten der zukünftigen Erzeugungsmöglichkeiten von Energie in die Untersuchung einbezogen. Dabei wurden die Ausbaumöglichkeiten von Wasserkraftwerken, von konventionell-thermischen Anlagen (inkl. Wärme-Kraft-Kopplung) und nichtkonventionellen Energieträgern verschieden beurteilt⁵⁹. Die Unterschiede der Angebotsvarianten beruhen hauptsächlich auf der Einschätzung der Beitragsmöglichkeiten der dezentralen Wärme-Kraft-Kopplung. Die Versorgungssicherheit wurde zu 90% bzw. zu 95% angestrebt. In einer Modellrechnung wurden daraufhin die verschiedenen Kriterien kombiniert. Je nach angenommenem Parameter ergab sich für die Zukunft eine Lücke oder ein Überschuss in der Energieversorgung⁶⁰. Die Kommission, die sich ihre Meinung aufgrund dieses Modells bildete, teilte sich in drei etwa gleich grosse Gruppen. Die Ansichten schwankten für die Jahre 1980–1990 zwischen der Entstehung einer bedeutenden Versorgungslücke, einer gewissen Versorgungslücke bis zu keiner Versorgungslücke. Der Bericht der Energiekommission gelangt somit zu keiner eindeutigen Aussage über den zukünftigen Energiebedarf. Der Wert der Untersuchung liegt in der Schaffung eines Entscheidungsmodells, aufgrund dessen die verschiedenen Prämissen kombiniert werden können und aus dem ersichtlich wird, was für ein Energiebedarf je nach gesetzten Annahmen entsteht. Von welchen Prämissen auszugehen ist, kann nicht wissenschaftlich belegt werden. Es bleibt eine politische Entscheidung, wie weit z.B. die staatlichen Massnahmen zur Förderung der Erdölsubstitution oder der Energieeinsparungen gehen sollen. Ebenso ist auch die Beurteilung des Wirtschaftswachstums sowie des Versorgungsgrades nicht völlig frei von politischen Überlegungen. Wichtig ist, dass jede gesetzliche Prämisse begründet wird und deren Folgen verantwortlich überprüft werden. Willkürliche Annahmen sind im Rechtsstaat verpönt.

58 Vgl. EEK, Bedarfsnachweis, Zusammenfassung, 8 ff.

59 EEK, Bedarfsnachweis, Zusammenfassung, 19 ff.

60 Vgl. EEK, Bedarfsnachweis, Zusammenfassung, 27 f.

Aus der Botschaft des Bundesrates geht hervor⁶¹, dass er sich bezüglich der Bedarfsfrage einerseits auf den dargestellten Bericht der EEK und das von der Eidgenössischen Kommission für die Gesamtenergiekonzeption ausgearbeitete Schweizerische Energiekonzept⁶² sowie den sechsten Zehn-Werke-Bericht des Verbandes Schweizerischer Elektrizitätswerke⁶³ stützte. Andererseits trat er in das Gespräch mit den betroffenen Kreisen ein. Dazu führte er nicht nur das gesetzlich vorgeschriebene Vernehmlassungsverfahren durch, sondern versuchte, angeregt durch das Postulat von Ständerat Egli⁶⁴, eine einverständliche Regelung des Problems, die darin bestand, die Kaiseraugst AG zu einem Verzicht zu bewegen⁶⁵. Er nahm auch über das vorgeschriebene Verfahren hinaus Kontakt mit den Atomkraftwerkgegnern auf⁶⁶.

Dennoch musste er aber letztlich seine Entscheidung über die Erteilung der Rahmenbewilligung entsprechend der Rechtsordnung fällen und hatte sich dabei – wie ausgeführt wurde – an die gesetzlichen Bestimmungen zu halten⁶⁷, da der Bundesbeschluss zum Atomgesetz die Kriterien verbindlich festlegt. Bei der Beurteilung des Bedarfs richtete sich der Bundesrat nach dem Entscheidungsmodell der EEK und begründete, von welchen Entscheidungskriterien er ausgegangen war und wie er sie gewichtet hatte. Er gelangte dabei am 28. Oktober 1981 zu einer positiven Beurteilung des Bedarfs nach einem weiteren Kernkraftwerk und beantragte deshalb in der Botschaft vom 21. Dezember 1981 (BBl. 1982 I 840) die Genehmigung der Erteilung der Rahmenbewilligung an die Kaiseraugst AG.

Genauso wie sich der Bundesrat anhand des Modells der EEK zu seiner Entscheidung durchrang, muss nun auch das Parlament über den Bedarf befinden. Dabei ist ihm freigestellt, wie es vorgehen will. Das von der Kommission erarbeitete Berechnungsmodell stellt eine differenzierte Entscheidungsgrundlage dar, die äusserst vielen Einflüssen Rechnung trägt.

Der Berichterstatter der ständerätlichen Kommission führte aus, das Parlament sei bei seiner Entscheidung an den Bundesbeschluss gebunden⁶⁸. Zur Problematik des Bedarfsnachweises meinte er⁶⁹: “Der Bedarfsnachweis ist somit wissenschaftlich nicht möglich, objektiv nicht lösbar, ordnungspolitisch umstritten, vom politischen Standpunkt aus jedoch erforderlich.” Er betonte die Unsicherheit, die in jeder Prognose liegt, und wie sehr die Beurteilung des Bedarfs von den getroffenen Annahmen abhängig sei. Eine politische Entscheidung lehnte er jedoch entschieden ab⁷⁰.

61 BBl. 1982 I 812 ff.

62 Das Schweizerische Energiekonzept, Eidgenössische Kommission für Gesamtenergiekonzeption, November 1978.

63 Sechster Zehn-Werke-Bericht, Verband Schweizerischer Elektrizitätswerke, Juni 1979.

64 Amtl. Bull. S 1979, S. 578 ff.

65 BBl. 1982 I 808 f.

66 BBl. 1982 I 811 f.

67 BBl. 1982 I 812.

68 Amtl. Bull. S 1983, S. 6.

69 Amtl. Bull. S 1983, S. 7.

70 Amtl. Bull. S 1983, S. 8 f.

D. Beurteilung des Konkretisierungsvorganges

Die Energiekommission hat für die Bedarfsermittlung lediglich ein Entscheidungsmodell erstellt. Sie selbst ist bezüglich der Bedarfsfrage zu keinem Mehrheitsentscheid gelangt. Sie hat jedoch deutlich gemacht, welche Prämissen gesetzt werden können und welcher Energiebedarf sich je nach Kombination der getroffenen Annahmen ergibt. Die Auswahl der Prämissen überliess sie der politisch wertenden Entscheidung. Damit trägt sie der politischen Funktion der Offenheit Rechnung und trennt die mit wissenschaftlichen Methoden bestimmbaren Kriterien von den politisch zu treffenden Entscheidungen, die nur durch offene Diskussion näher konkretisiert werden können. Sie weist innerhalb des Bedarfsnachweises der wertenden Beurteilung ihren Platz zu und überlässt zu Recht diese Entscheidung dem Bundesrat bzw. jedem einzelnen Parlamentarier. Damit entspricht sie der funktionalen Bestimmung des Bedarfsnachweises, der letztlich aus politischen Gründen eingeführt wurde. Indem die Eidgenössische Energiekommission die Offenheit zur näheren Festlegung der Entscheidungskriterien benutzt, die wertende Dezision aber den zuständigen politischen Behörden überlässt, zeigt sich auch deutlich der Delegationscharakter von offenen Normen⁷¹.

Sowohl der Bundesrat als auch der Ständerat legen aber leider zu wenig offen dar, dass die Wahl der Prämissen, der Entscheidungskriterien, eine wertende und von politischen Zielvorstellungen getragene Entscheidung ist, die letztlich in die Zielvorstellungen unseres ganzen Wirtschaftssystems eingebettet ist. Ersichtlich wird die politische Tragweite, wenn der Bundesrat in der Botschaft über die Genehmigung der Rahmenbewilligung darauf hinweist, dass die "möglichst rasche Verminderung unserer Abhängigkeit von Ölimporten das vordringlichste Postulat unserer Energiepolitik" sei⁷². Genauso politisch geprägt wie die Frage der Substitution des Erdöls durch Elektrizität sind die Kriterien des wirtschaftlichen Wachstums, der Massnahmen bezüglich des Stromsparens und des Versorgungsgrades sowie der Ausbaumöglichkeiten alternativer Energien usw. Die politischen Wertungen, die in die Bedarfsfrage einfließen, zeigen sich darin, dass Kernkraftgegner, auch wenn sie nach denselben Entscheidungskriterien vorgehen, zum gegenteiligen Resultat bezüglich des Bedarfs gelangen, indem sie die Prämissen anders bewerten⁷³. Der Zusammenhang dieser Probleme mit den gesamtpolitischen Vorstellungen und Wertungen sollte aus diesen Gründen offen dargestellt und diskutiert werden.

71 Vgl. auch Steinmann, Unbestimmtheit, 63 f.

72 BBl. 1982 I 813.

73 Vgl. BBl. 1982 I 788; ebenso war sich die EEK über den Bedarf uneinig, vgl. EEK, Bedarfsnachweis, 176. Saladin, Kernenergie, 300, hält den Entscheid über den Bedarf für politischer Art.

III. KAPITEL

Bewältigung der Konkretisierungsaufgabe

§ 1 Die Konkretisierung durch die Verwaltung

I. Festgestellte Verhaltensweisen

Den aus der praktischen Tätigkeit der Verwaltung aufgezeigten Beispielen ist gemeinsam, dass sich die zur Entscheidung berufenen Behörden auf das ihnen aufgegeben Problem und die direkt zur Anwendung gelangenden Normen konzentrieren. Sie stellen die Problematik sowie die anzuwendenden Rechtssätze nur bedingt in einen grösseren rechtlichen Zusammenhang. Sie scheinen sich kaum um die Auslegungsmethoden zu bemühen oder die zu konkretisierenden Normen in das Rechtsganze einzubetten, um von daher deren funktionale Bedeutung zu analysieren. Das Postulat von Rhinow¹, die Rechtsfindung auf das Rechtsganze auszurichten, scheint kein Gehör gefunden zu haben. Es fragt sich, inwieweit die Verwaltung ihr Blickfeld zu sehr einengt. Immerhin ist festzustellen, dass der Rechtsvollzug nicht rein partikulär erfolgt, sondern die Vollzugsbehörden sich um ein Ganzes bemühen, das aber weniger mit dem Rechtsganzen als vielmehr mit Systemeinheit gleichzusetzen ist. Bei der Umsetzung der Ansicht über das System in die Wirklichkeit werden auch politische Zielsetzungen integriert. Der Rechtsanwender macht sich ein bestimmtes Bild über das System und die zu erreichenden Ziele. (In den untersuchten Beispielen handelte es sich um eine Systemvorstellung bezüglich bestimmter wirtschaftlicher Abläufe.) Diese Vorstellung über das System kommt zustande, ohne dass das Recht entsprechend der traditionellen Rechtslehre ausgelegt wird. Eine direkte Auseinandersetzung mit dem Normtext fehlt zumeist. Dennoch zeigt sich erstaunlicherweise, dass die getroffenen Lösungen kaum dem Willen des Rechtssetzers widersprechen.

Je mehr sich eine Vollzugsart eingespielt hat, um so unbewusster und routinierter scheint sich der Konkretisierungsvorgang abzuwickeln. Die Entscheide ergehen nach einmal gefundenen Kriterien, ohne dass jeweils die den Entscheid leitenden Grundsätze neu hinterfragt werden. Die Routinehaltung manifestiert sich nicht nur im Entscheidungsvorgang, sondern auch in der Organisationsstruktur der Vollzugsorgane. Beratende und konsultative Umfragen innerhalb und ausserhalb der Verwaltung unterbleiben oder werden zu kurzen Routineanfragen reduziert. Grössere Abklärungen der konkreten Interessenlage fehlen. Der Entscheid liegt häufig in der Hand eines Sachbearbeiters.

1 Rhinow, Rechtsetzung, 126 ff.

In der Regel streben die Verwaltungsbehörden das Einverständnis mit dem um Bewilligung ersuchenden Bürger an. Sie wollen das Gespräch mit ihm und wenn möglich eine einvernehmliche Erledigung, in die auch weitere Interessenten einbezogen werden können.

In neuen Rechtsgebieten, wo jede Praxis fehlt, bemühen sich die Behörden eingehend, die Offenheit und ihre Funktion abzuklären. Sie sind sich bewusst, dass politische Wertungen gerade hier in die Entscheidungen einfließen können. Dies macht der Konkretisierungsprozess bei der Abklärung des Bedarfs an Kernkraftwerken besonders deutlich.

II. Orientierung am Rechtsganzen oder Beschränkung auf das Naheliegende?

A. *Systemtheoretische Betrachtungsweise*

1. Systembildung

Die beschränkte Betrachtungsweise der Vollzugsorgane, die sich auf das zu lösende Problem und auf den direkt zur Anwendung gelangenden Erlass konzentrieren, ist gerade bei offenen Normen problematisch. Besonders bedenklich ist eine solche Grundhaltung, wenn den Rechtserlassen eine konkrete Zielbestimmung fehlt, was bei Verordnungen, aber auch bei Gesetzen häufig der Fall ist. Sie gefährdet eine funktionsgerechte Konkretisierung der offenen Norm. Um die Tendenz der Vollzugsorgane zu einem solchen Vorgehen zu verstehen, muss das Verwaltungshandeln näher analysiert werden. Es orientiert sich weniger an der Rechtsordnung als hierarchischer Gliederung – Verfassung, Gesetz, Verordnung, Verfügung – als vielmehr an Systemen. Aus diesem Grund ist im folgenden das Verwaltungshandeln kurz unter systemtheoretischen Ansätzen zu beleuchten.

Zunächst stellt die Verwaltung als Ganzes ein System dar, das Komplexität und Veränderlichkeit der Umwelt auf Ausmasse reduziert, die ein sinnvolles Handeln erlauben². “Systeme sind ... Entscheidungsvereinfachungen durch entlastende Strukturbildung”³. Das Hauptmerkmal der Verwaltungssysteme ist, dass ihr Handeln auf eine spezifische Funktion, auf die “Herstellung bindender Entscheidung”, ausgerichtet ist⁴. Entscheidung ist zu verstehen als “Mitteilung des Ergebnisses einer Informationsverarbeitung”⁵. Um jedoch bindende Entscheide fällen zu können, ist eine interne Struktur von Entscheidungsprämissen notwendig. Sie programmieren das Entscheiden, d.h. definieren die Selektion und Verarbeitung von Informationen⁶.

2 Zu Verwaltung und System vgl. auch Bachof, Dogmatik, 223 ff.

3 Luhmann, Verwaltungswissenschaft, 65.

4 Luhmann, Verwaltungswissenschaft, 67.

5 Luhmann, Verwaltungswissenschaft, 69.

6 Luhmann, Verwaltungswissenschaft, 76 ff.

Die Programmstruktur wird durch systeminterne Entscheidungsvorgänge – Rechtssetzung, Rechtsanwendung⁷ – geschaffen und verbindlich erklärt. Rechtssetzung und ebenso Zwecksetzung “dienen als systeminterne Prozesse zur Transformation von externen Problemlagen und Bedürfnissen in interne Entscheidungsprämissen, zur Umformung von externen in interne Schwierigkeiten”⁸. Durch die Normierung tritt das System der Umwelt mit einer differenzierten Strategie zu deren Bewältigung gegenüber: Einerseits “entscheidet es über seine Entscheidungsprogramme” und andererseits “im Rahmen dieser Programme über Einzelfälle”⁹.

Innerhalb der Programmierung seiner Entscheidungsprozesse kann sich das System langfristig der Umwelt anpassen, sich von aussen motivieren lassen und die Aussenwelt nach systeminternen Kriterien behandeln¹⁰. Es kann auf verschiedenen Ebenen Komplexität absorbieren und die Entscheidungsprobleme von einer Ebene auf die andere verschieben, von der Programmbildung (Rechtssetzung) auf diejenige des programmierten Entscheidens (Rechtsprechung im weitesten Sinne). Eine solche Verschiebung erfolgt beispielsweise durch die Programmbildung mittels offener Norm. Die dabei von Luhmann getroffene scharfe Trennung zwischen programmierendem und programmiertem Verhalten ist m.E. jedoch problematisch. Nur wenige Rechtssätze sind so konkret, dass dem Rechtssetzer der bloße Vollzug bleibt. Das Handeln der Vollzugsorgane ist nicht qualitativ vom Verhalten des Gesetz- oder Verordnungsgebers zu unterscheiden¹¹. Dagegen ist wesentlich, dass die Verwaltungsorgane innerhalb eines Systems entscheiden und sich auf die Systemziele ausrichten. Diese Systeme sind allerdings nicht als streng formallogische, exakt umrissene Gebilde zu verstehen. Raum und Zeit wirken auf sie ein. Das gesellschaftliche und kulturelle Umfeld beeinflusst sie. Dies gilt es wahrzunehmen.

Die Dimension Zeit fließt direkt über das Input-Output-Modell in das System ein. Die Umweltereignisse können als Ursachen innerhalb eines Konditionalprogramms ein Handeln auslösen (im Sinne von, wenn A, dann B). Die Festlegung der Begriffe muss dabei mehr oder weniger eindeutig erfolgen, wogegen das Programm in der Bestimmung des ausgelösten Handelns relativ offen sein kann. Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass das Programm an Wirkungen anknüpft, ein Zweckprogramm aufstellt. Eine gewisse Wirkung wird als erstrebenswert bezeichnet und bildet hiermit die Grundlage für die Auswahl und Rechtfertigung geeigneter Mittel. Der Zeithorizont differenziert sich je nachdem, ob die Umwelt als Ursache oder Wirkung erscheint. “Alle Umweltereignisse liegen entweder vor oder nach dem Einsatz der eigenen Informationsverarbeitung”¹². Das Konditionalprogramm neutralisiert dabei andere Handlungsanlässe, während das Zweckprogramm Wir-

7 Die Gewaltentrennung spielt erst bei der Abgrenzung des Verwaltungssystems gegenüber der Politik eine Rolle und nicht bereits bei der Systembildung an sich (vgl. Luhmann, Verwaltungswissenschaft, 75 f.).

8 Luhmann, Verwaltungswissenschaft, 86.

9 Luhmann, Verwaltungswissenschaft, 86.

10 Luhmann, Verwaltungswissenschaft, 86.

11 Nähere Ausführungen dazu hinten S. 116 ff.

12 Luhmann, Verwaltungswissenschaft, 87.

kungen neutralisiert, d.h., andere Handlungsanlässe bzw. Wirkungen werden für unbeachtlich erklärt¹³. Das Konditionalprogramm betont den Input, das Zweckprogramm stellt den Output in den Vordergrund.

2. Die Zweckfunktion

In der empirischen Untersuchung zeigte sich, dass sich die Verwaltungsbehörden stark an die direkt vorgegebenen Normen und die ihr innewohnende Zielsetzung halten und sich scheuen, übergeordnete Zwecke in ihre Beurteilung einzubeziehen. Sogar dann, wenn im zur Anwendung gelangenden Erlass eine Zweckbestimmung fehlt, beziehen sie kaum das Rechtsganze und damit übergeordnete Ziele in ihre Überlegungen ein. Dieses Verhalten steht im Widerspruch zu den im theoretischen Teil dieser Arbeit aufgestellten Forderungen. Es ist aber unter Berücksichtigung der Funktion der Zwecksetzung und Systembildung zu verstehen.

Mit der Setzung von Zwecken wird – wie aufgezeigt – die Komplexität der Umwelt reduziert, indem gewisse Zwecke hervorgehoben und andere neutralisiert werden. Diese Reduktion der Unendlichkeit ermöglicht erst die Bewältigung der Umwelt-Komplexität. Die Zwecksetzung hat somit grundsätzlich dieselbe Funktion wie die Systembildung¹⁴.

Welche obersten Ziele zu verfolgen sind, lässt sich m.E. allerdings nur phänomenologisch beurteilen. Dazu ist das Wesen einer Sache zu ergründen. Es ist ein ihm entsprechendes System zu entwickeln. Die Zwecke selbst haben dem Wesen der Sache gerecht zu werden. Die alleinige Erfassung der Zwecke bedeutet deshalb noch nicht restloses Erkennen des Systems. Hauptaufgabe ist es, immer gleichzeitig das Wesen der Sache zu erkennen. Erst eine umfassende Betrachtungsweise führt zu einer sachgerechten Konkretisierung.

Das klassische Zweck-Mittel-Schema ist zu unproblematisch. Es vermittelt keine Systemvorstellung und ist zu wenig komplex, um einem System gerecht zu werden, das einer vielfältigen Umwelt Rechnung tragen muss¹⁵. Der Gedanke einer Wirkungseinheit richtet das System auf ein zu einfaches Umweltbild aus. Man nähert sich der Realität nur durch "wachsende Präzisierung, Differenzierung und Verfeinerung des Tatbestandes und durch elastisches Denken in Regeln und Ausnahmen"¹⁶. Die durch die Zwecksetzung erfolgte Reduktion leistet zwar Selektion und schaltet andere Möglichkeiten aus, aber sie lässt sie immer noch als Möglichkeiten bestehen. Der Handelnde wird davon entlastet, sie alle zu aktualisieren¹⁷.

13 Luhmann, Verwaltungswissenschaft, 87.

14 Luhmann, Zweckbegriff, 177, 179.

15 Luhmann, Zweckbegriff, 73.

16 Luhmann, Zweckbegriff, 100.

17 Luhmann, Zweckbegriff, 177.

Das Setzen von Unterzwecken bzw. die Bildung von Untersystemen bedeutet eine Innendifferenzierung des Systems. Sie erhöht unter Umständen dessen Anpassungsfähigkeit. "Störende Umwelteinflüsse können in Teilen des Systems lokalisiert und abgekapselt werden. Die Lernfähigkeit wird durch Spezifikation erhöht. Die systemmässige und prozessmässige Innendifferenzierung" erlaubt die Verarbeitung einer grösseren Umweltkomplexität¹⁸.

3. Die Funktion von System und Untersystem

Zur Bewältigung komplexer Sachverhalte und mehrgliedriger Variationszusammenhänge muss der Mensch dieselben zerlegen. Dazu ist ein Nacheinander der Denkschritte notwendig oder eine Verteilung im Rahmen eines sozialen Kooperations-systems, in dem jeder einen Teilbeitrag leistet¹⁹. Als eine solche Verteilung können auch verschiedene Rechtserlasse verstanden werden, die ein Teilgebiet erfassen. Es werden durch die Untersysteme mit Unterzwecken geschaffen. Die Komplexität wird durch diese Untersysteme reduziert. Bezüglich der Landwirtschaftspolitik beispielsweise stellt Art. 31bis BV die Zielsetzung der Erhaltung eines gesunden Bauernstandes und einer im Dienste der Landesversorgung leistungsfähigen Landwirtschaft auf. Als Unterziele sind die mit den verschiedenen landwirtschaftlichen Erlassen verfolgten Zwecke zu verstehen, die letztlich dem Hauptziel dienen sollen. Sie sind Mittel des Hauptziels. Dieses Hauptziel ist allerdings nicht immer so klar formuliert wie im Landwirtschaftsrecht. Für das Gebiet der Energiewirtschaft kennt die Verfassung keine Zielsetzungen. Es werden lediglich Kompetenzausscheidungen vorgenommen. Sowohl vor Erlass von neuen Normen als auch bei der Konkretisierung offener Normen ist es absolut unerlässlich, sich Klarheit über die Ober- und Unterziele zu verschaffen. Dazu ist immer das Wesen der Sache zu erfassen, da – wie bereits ausgeführt – die höchsten Ziele durch das Wesen bestimmt werden.

Innerhalb eines Untersystems müssen primär dessen Zwecke erfüllt werden. Luhmann²⁰ geht gar so weit, dass er ausführt, derjenige, der die programmierte Entscheidung zu treffen habe, müsse sich nicht um den Gesamtzweck kümmern. Dies sei allein Sache des programmierenden Handelns. Die Entscheidungssituation sei je nach Aufgabe völlig verschieden. Bei Verkennung der Betrachtungsweise führe dies zu einer Überbetonung des Hierarchiegedankens und zur Vernachlässigung der horizontalen Beziehung zu anderen Untersystemen. Diese Zergliederung in Programmaufbau und Entscheidungsprozess erlaube eine vom Programmschema unabhängige Entscheidung, die ganz auf die programmierten Probleme Rücksicht nehme²¹. So werde es erst möglich, die Unterscheidung von horizontaler und

18 Luhmann, Zweckbegriff, 185 f.

19 Luhmann, Zweckbegriff, 293 f.

20 Luhmann, Zweckbegriff, 298 ff.

21 Luhmann, Zweckbegriff, 301.

vertikaler und, was nicht identisch sei, von programmierender und programmierter Beziehung bewusst als organisatorisches Mittel der Komplexitäts-Reduktion einzusetzen²². "... die Unterscheidung mehrerer hierarchischer Ebenen der Generalisierung sind verschiedenartige Mittel der Reduktion von Komplexität, die je ihrem eigenen Sinn gemäss eingesetzt und dann aufeinander bezogen werden müssen"²³.

Dieser Konzentration auf das Untersystem ist entgegenzuhalten, dass das Recht keineswegs eindeutig und lückenlos vorliegt, so dass es an abgeschlossenen Untersystemen fehlt. Ausserdem entspricht die Unterteilung des Konkretisierungsprozesses in programmierendes und programmiertes Handeln nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Unterhalb der Verfassungsstufe ist jeder an der Rechtskonkretisierung Beteiligte sowohl Produzent von geltendem Recht als auch Rechtsanwender, der Rechtsetzer genauso wie der Rechtsvollzieher²⁴. Unterschiedlich ist nur die Gewichtung der beiden Funktionen. Obwohl die Bildung von Untersystemen zur Komplexitätsreduktion beiträgt, entlastet sie nicht von der Besinnung auf das Systemganze. Allerdings besteht die Gefahr, dass der Rechtsvollzieher dies vergisst oder aus Nachlässigkeit sich ausschliesslich auf das Untersystem konzentriert. Es mag auf den ersten Blick so erscheinen, als ob die Ausrichtung auf die Zwecke höherer Systeme die Reduzierung der Umweltkomplexität wieder zunichte machte. M.E. führt aber die Bildung von Untersystemen nicht in dieser Absolutheit zur Reduktion von Komplexität. Das Untersystem reduziert zwar Umweltkomplexität; dies hat aber keine völlige Autarkie dieses Systems zur Folge. Von der Funktion der Bildung von Untersystemen her ist es verständlich, dass die Verwaltungsbehörden dazu tendieren, sich völlig auf das Untersystem zu konzentrieren. Die Mängel eines solchen Vorgehens werden offensichtlich bei der Konkretisierung offener Normen sowie beim Fehlen einer Zweckbestimmung im Untersystem.

Die Untersysteme stehen in einem kooperativen Verhältnis zu anderen Untersystemen und in einem Zweck/Mittel-Verhältnis zum Gesamtsystem. Die vom Untersystem angestrebten Zwecke sind Mittel des Gesamtsystems, d.h., die Mittel des Systems werden zu Unterzwecken gemacht²⁵. Der Output des Untersystems wird damit zum Input des Gesamtsystems. Mit einer offenen Verankerung des Unterzwecks wird gleichzeitig das Mittel zur Zweckverfolgung des Gesamtsystems offengelassen. Die zur Entscheidung berufene Behörde muss sich deshalb zur Rechtskonkretisierung auf das Systemganze konzentrieren. Sie hat Wesen und Ziel des Gesamtsystems zu erfassen. Nur auf diesem Wege können die Ziele des Untersystems gefunden werden. Ein solches Vorgehen drängt sich nicht nur bei Offenheit, sondern bei jeder Rechtskonkretisierung auf. Das Vollzugsorgan übernimmt immer auch

22 Luhmann, Zweckbegriff, 301. Die vertikale Beziehung meint das Verhältnis zwischen Gesamtsystem und Untersystem, die horizontale dasjenige zwischen den verschiedenen Untersystemen. Programmierende und programmierte Beziehung spricht die Rechtssetzungs- bzw. Rechtsanwendungsfunktion an.

23 Luhmann, Zweckbegriff, 301 f.

24 Gl.M. Rhinow, Rechtsetzung, 256.

25 Luhmann, Zweckbegriff, 296.

eine programmierende Rolle. Sein Handeln ist nicht völlig vorbestimmt. Der Programmsetzer muss aber immer den Gesamtzweck vor Augen haben.

Abschliessend ist festzustellen, dass die Beschränkung der Vollzugsbehörden auf das Untersystem aufgrund ihrer Stellung im System verständlich ist, dass sie diese Haltung aber wegen ihrer tatsächlichen Konkretisierungsaufgabe überwinden müssen. Die Reduktion der Umweltkomplexität findet auch im Untersystem nur zum Teil statt und ist nie so vollkommen, dass der Rechtsanwender das Gesamtsystem vernachlässigen darf. Eine Entscheidungsfindung allein aus dem Untersystem heraus läuft Gefahr, den Zusammenhalt zum Gesamtsystem zu verlieren und sich zu verselbständigen, so dass letztlich das Untersystem nicht mehr als Mittel zur Verwirklichung des Gesamtsystems beiträgt.

Die zum Teil zu beobachtende Ausrichtung der Vollzugsorgane auf eine Systemeinheit, allerdings ohne genaue Analyse des Rechtsganzen, kommt dem beschriebenen Verhalten nahe, müsste aber bewusst in bezug auf das System, das vom Rechtsganzen geprägt ist, erfolgen. Die Verwaltungsorgane verstehen sich eingebettet in ein System, gehen aber nicht so weit, die Ziele des Obersystems zur Konkretisierung des Untersystems beizuziehen.

4. Die Funktion der offenen Norm

Die vorne angestellten Überlegungen führen zur Hauptfunktion offener Normen. Die Offenheit erlaubt der rechtsanwendenden Instanz eine systemgerechte Konkretisierung der Erlasse. Sie ermöglicht dem Vollzugsorgan die Einsetzung des adäquaten Mittels. Dadurch soll eine Ziel/Mittel-Optimierung erreicht werden, die zur Zeit des programmierenden Handelns noch nicht möglich war oder zu der der Rechtsetzer nicht im gleichen Masse wie die verfügende Behörde befähigt ist. Aus diesem Grund kommt der offenen Norm zugleich eine Abgrenzungsfunktion zu. Durch die offene Formulierung wird die Entscheidung an das rechtsanwendende Organ "delegiert", an diejenige Instanz, die eine optimale Zielverfolgung am ehesten vornehmen kann²⁶. Durch die Offenheit wird eine Entscheidung von der Rechtsetzungs- auf die Rechtsanwendungsebene zugunsten einer optimalen Ziel/Mittel-Relation verschoben. Diese Kompetenzzuteilung muss auch vom Richter respektiert werden.

Anhand der Stellung der offenen Norm im System ist unter Berücksichtigung des Rechtsganzen zu klären, welche Abwägungen zur optimalen Konkretisierung zu erfolgen haben²⁷. Häufig müssen Zielkonflikte gelöst werden. Zu solchen Kon-

26 Vgl. Rhinow, Rechtsetzung, 250; auch Tettinger, Rechtsanwendung, 392 ff., sieht in der offenen Norm eine gewisse Ermächtigung an das anwendende Organ.

27 Dieser funktionalen Bedeutung wurde in den im 3. Kapitel angeführten Beispielen jeweils nachgegangen.

flikten gibt das Landwirtschaftsgesetz ein anschauliches Beispiel²⁸: Der Grundsatz kostendeckender Preise unter Berücksichtigung der Einkommensparität²⁹ und die Forderung der Anpassung der Produktion an die Aufnahmefähigkeit des schweizerischen Marktes sowie die Ausfuhrmöglichkeiten³⁰ stehen sich häufig unvereinbar gegenüber. Die offene Normierung erlaubt dem Rechtsanwender, die sich widerstrebenden Ziele im konkreten Fall zu harmonisieren.

III. Das Gespräch zwischen Verwaltung und Bürger

Die Verwaltungsbehörden suchen, wie in den angeführten Beispielen zu beobachten war, das Gespräch mit dem Bürger, insbesondere dort, wo tatsächliche Interessenlagen gegeneinander abzuwägen sind. Während eine völlige Durchnormierung jede Diskussion über die Mitteleinsetzung ausschliesst und keinen Raum für Interessenabwägungen zulässt, macht die offene Norm den Dialog möglich. Der direkte Kontakt mit dem von einer Verfügung Betroffenen dient der vertieften Einsicht in die Sachlage und der Optimierung der Entscheidung, letztlich also auch der Ziel-Mittel-Optimierung. In diesem Dialog liegt aber nicht nur ein Optimierungsprozess, sondern dadurch wird ebenso der Verwirklichung der grundrechtlichen Garantien Rechnung getragen. Wo der Gesetzgeber die Eingriffsintensität und -art nicht im Gesetz verankert – aus welchen Gründen auch immer –, verschafft der direkte Kontakt des Vollzugsorgans mit dem Bürger eine gewisse verfahrensrechtliche Sicherheit zur angemessenen Berücksichtigung der Interessen und Rechte des Bürgers. Die Anhörung erhöht die Wahrscheinlichkeit einer den Grundrechten gerecht werdenden Konkretisierung, wo die unvermeidbare Offenheit des gesetzten Rechts dies angesichts der Komplexität der zu regelnden Sachverhalte nicht leisten kann³¹. Die Entscheidungsfindung hat aufgrund der Argumentation zu erfolgen, da eine präexistente Dezision fehlt. Dabei ist notwendig, dass das Vollzugsorgan durch seine Sachkompetenz und das angewandte Entscheidungsfindungsverfahren, innerhalb dessen u.a. der Dialog mit den Betroffenen geführt wird, Gewähr für eine system- sowie rechts- und grundrechtsadäquate Entscheidung bietet³². Mit der Anhörung der Betroffenen trägt der Rechtsanwender den rechtsstaatlichen Garantien, wie beispielsweise dem rechtlichen Gehör, Rechnung. Er erweitert und differenziert dadurch das Entscheidungsverfahren, indem er die interessierten Kreise direkt daran teilhaben lässt³³. Dieses Vorgehen sollte jedoch nicht ins Belieben der Behörden gestellt, sondern in einem rechtlichen Erlass vorgeschrieben sein.

28 Vgl. Fünfter Landwirtschaftsbericht, BBl. 1977 I 242 ff.

29 Art. 29 des Landwirtschaftsgesetzes, SR 910.1.

30 Art. 18 des Landwirtschaftsgesetzes.

31 Gl.M. J.P. Müller, Grundrechtliche Anforderungen, 172.

32 Vgl. auch J.P. Müller, Grundrechtliche Anforderungen, 173.

33 Dubs, optimale Bestimmtheit, 244 f.

Die Gefahr des Gesprächs liegt darin, dass der Wille des Gesetzgebers in den Hintergrund tritt und die konkreten Interessen der Beteiligten das Übergewicht erhalten, so dass die gesetzlichen Ziele nicht verwirklicht werden, sondern lediglich ein Interessenausgleich aller Betroffenen angestrebt wird. Eine weitere Gefahr besteht darin, dass die privaten Interessenverbände ihren Einfluss nicht mehr nur bei der Rechtssetzung – mit Vertretern in Expertenkommissionen und bei den Vernehmlassungen –, sondern nun auch bei der Rechtsanwendung über die Konkretisierung offener Normen geltend machen können. Die Konkretisierung offener Normen hat in Ausrichtung auf das Systemganze zu erfolgen, weshalb sich die Behörden immer wieder auf die Funktion der Offenheit der Norm besinnen müssen, zu der auch – aber nicht ausschliesslich – die Interessenabwägung gehört. Dabei darf die vorliegende Interessenlage nicht über die gesetzlichen Ziele gesetzt werden.

IV. Regelbildung bei der Konkretisierung offener Normen

A. *Das Routineverhalten*

In den untersuchten Verwaltungsbereichen zeigte sich, dass die Behörden bei wiederholten und über längere Zeit geübten Bewilligungsverfahren zu routinierter Erledigung neigen. Sie verfahren teils bewusst, teils unbewusst nach denselben Prinzipien, richten sich jeweils nach den gleichen Richtlinien, ohne immer wieder neu die Funktion und das Wesen der Offenheit der dem Entscheid zugrundeliegenden Normen zu analysieren. Die Behörden neigen zur Regelbildung, ohne dass spezielle Verwaltungsvorschriften aufgestellt werden.

B. *Regelbildung durch die Verwaltung*

Die kategoriale Trennung von Rechtssetzung und Rechtsanwendung – sie wird in der vorliegenden Analyse allerdings verworfen – weckt bei offenen Normen das Bedürfnis nach Regelbildung, um der Rechtsgleichheit, der Rechtssicherheit und der Berechenbarkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Die herrschende Theorie sieht hier die Möglichkeit zum Erlass von Verwaltungsverordnungen, die höherstufiges Recht in Form von Auslegungs- und Ermessensrichtlinien konkretisieren und anwendungsreif machen³⁴. Sie sollen das Verhalten der Verwaltungsbehörden lenken³⁵. Zuständig zum Erlass solcher Vorschriften ist, im Gegensatz zu den Vollzugsverordnungen, jede Verwaltungsbehörde, welcher die Dienstaufsicht über eine andere

34 Giacometti, Allgemeine Lehren, 154 ff.; Ossenbühl, in: Erichsen/Martens, Verwaltungsrecht, 78 ff.; Tettinger, Rechtsanwendung, 397 ff.

35 Ossenbühl, in: Erichsen/Martens, Verwaltungsrecht, 85.

Behörde zukommt³⁶. Die Verwaltungsverordnungen haben nach herrschender Lehre nur interne Wirkungen. Sie verpflichten den Bürger weder zu einem Tun noch zu einem Dulden oder Unterlassen. Das Bundesgericht trägt allerdings einer mittelbaren Betroffenheit der Bürger Rechnung³⁷. Mit der Verweisung auf die bloße Innenwirkung wird den Verwaltungsverordnungen die Rechtserheblichkeit abgesprochen. Innerhalb eines Systems sind jedoch m.E. alle rechtlichen Faktoren zu berücksichtigen. Auch Verwaltungsvorschriften zeitigen gewisse rechtliche Wirkungen. Erst bei der Frage, ob sie in einem Beschwerdeverfahren angefochten werden können, ist von ihrem konkreten Wirkungsbereich auszugehen; davon also, ob sie die Rechte der Bürger direkt betreffen. Nur insoweit kann ihnen allenfalls die Rechtserheblichkeit abgesprochen werden.

Bei der in dieser Arbeit vertretenen "Rechtssetzungsbefugnis" aller an der Rechtskonkretisierung beteiligten Organe besteht das Bedürfnis nicht in demselben Masse, bei fehlender ausdrücklicher Rechtssetzungskompetenz abstrakte Regelungen zur Lenkung des Verwaltungshandelns zu erlassen³⁸. Die konkretisierende "Rechtssetzung" des Vollzugsorgans richtet sich nach den Verfassungsgrundsätzen und den Zielen der Gesetzgebung. Sie hält sich auch ohne abstrakte Regelbildung an allgemeine Richtlinien, d.h. an das Rechtsganze.

In der Regelbildung – erfolge sie nun durch Erlass von Verwaltungsvorschriften oder durch Routineverhalten – liegt die Gefahr, den Willen des Gesetzgebers zu verletzen, indem die Funktion der Offenheit vernachlässigt wird. Dient die offene Formulierung insbesondere der Ziel-Mittel-Optimierung, erschweren unter Umständen im voraus erlassene Entscheidungsrichtlinien die Findung des hic et nunc richtigen Rechts. Eine Normierung kommt nur in Frage, wenn dadurch die funktionelle Bedeutung der Offenheit nicht beeinträchtigt wird. Der Rechtsanwender muss bereit sein, wenn nötig von den erlassenen Richtlinien abzuweichen. Die Regelbildung darf nicht "betriebsblind" machen oder gar zur Zwangsjacke werden.

Diese Bedenken gelten für die Regelbildung sowohl durch schriftliche Normierung als auch durch Routineverhalten. Vorteile der Verwaltungsvorschriften sind dagegen: bessere Transparenz und höhere Berechenbarkeit des staatlichen Handelns für den Bürger sowie grössere Rechtssicherheit.

36 Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 9 B I.

37 BGE 98 Ia 511; kritisch auch: Ossenbühl, in: Erichsen/Martens, Verwaltungsrecht, 85 ff.; Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften, 486 ff.; Imboden/Rhinow, Verwaltungsrechtsprechung, Nr. 9 B III.

38 Rhinow, Rechtsetzung, 281.

§ 2 Funktionsgerechte Konkretisierung offener Normen

Zur funktionsgerechten Konkretisierung offener Normen muss der Rechtsanwender das Wesen der zu verwirklichenden Werte des Systems analysieren. Zu diesen Werten sind die grundlegenden Systemvorstellungen sowie in der Verfassung verankerte Rechte, Güter, Ziele usw. zu zählen.

Im vorangehenden Paragraphen wurde mittels der systemtheoretischen Betrachtungsweise das Verhalten der Vollzugsorgane verständlich gemacht. Durch die Bildung von Untersystemen und die damit verbundene Reduktion an Umweltkomplexität neigen sie dazu, sich auf die direkt anwendbaren Rechtssätze und damit auf das Subsystem zu konzentrieren. Insbesondere die funktionale Bestimmung offener Normen lässt ein solches Vorgehen – wie aufgezeigt – als unrichtig erscheinen. Sie verlangt eine Ausrichtung auf die Ziele des Gesamtsystems, um so eine Systemeinheit zu erreichen. Zwischen System und Rechtsordnung besteht eine intensive Wechselbeziehung. Systemvorstellungen und letzte Systemziele wirken sich auf die Rechtsordnung aus. Andererseits prägt und strukturiert das Recht das System.

Dies lässt sich beispielsweise an der Beurteilung der Wirtschaftsverfassung beobachten. „Die traditionelle Rechtslehre sucht die Wirtschaftsverfassung in der Handels- und Gewerbefreiheit“¹, die sich jedoch schon längst zu einer „Verfassung der Wirtschafts- und Sozialpolitik“ entwickelt hat². Es werden von der traditionellen Lehre somit Ziele verfolgt, die im Rechtsganzen nicht mehr so vorliegen. Die Evolution gründete auf einer Systemvorstellung, die sich im Rechtsganzen in neuen Aufgabenbestimmungen niederschlug, insbesondere in der Aufnahme wirtschafts- und sozialpolitisch relevanter Normen in die Verfassung. Die traditionelle und teilweise noch heute vertretene Doktrin entsprach den ursprünglichen Systemvorstellungen, die sich aber mit der wirtschaftlichen Entwicklung und der Verankerung wirtschaftspolitischer Postulate in der Verfassung änderten. Darin zeigt sich, dass bereits neue Systemziele verfolgt werden, bevor die Rechtslehre eine neue Doktrin entwickelt und sich auf die neuen Ziele ausgerichtet hat.

Der Rechtsanwender darf sich jedoch nicht auf eine abstrakte Systemvorstellung verlassen. Er muss das Rechtsganze vor Augen haben. Auch wenn sich in den untersuchten Beispielen gezeigt hat, dass eine abstrakte – nicht durch die Analyse des Rechts geprägte – Vorstellung nicht notwendigerweise zu falschen Ergebnissen führt, muss zur Verwirklichung des demokratischen sowie rechtsstaatlichen Prinzips das System in Ausrichtung auf das Rechtsganze erfasst werden. Dabei ist zu betonen, dass das System nicht deckungsgleich ist mit der Menge aller Rechtsnormen. Es geht darüber hinaus und umfasst ebenso das Vorwissen, die politischen Wertungen, die ganze Umwelt, das Dasein schlechthin. Luhmann versteht unter System „jedes Wirklich-Seiende, das sich teilweise aufgrund der eigenen Ordnung, teilweise aufgrund von Umweltbedingungen, in einer äusserst komplexen, veränderlichen,

1 Gygi, Wirtschaftsverfassung, 302.

2 Gygi, Wirtschaftsverfassung, 356.

im ganzen nicht beherrschbaren Umwelt identisch hält”³. Auch wenn wir diesen weiten Systembegriff für unsere Untersuchung auf das im weitesten Sinne rechtsrelevante Dasein einengen, müssen sich der Rechtssetzer sowie der Rechtsanwender bewusst sein, dass bei jeder Arbeit am und mit dem Recht auch metajuristische Einflüsse auf die Rechtsverwirklichung einwirken⁴. Eine bedeutende Rolle spielt gerade hier das Wesen der zu ordnenden Sache. Letztlich kann die Rechtskonkretisierung nur über die “Wesensbetrachtung” erfolgen.

Das Bundesgericht entwickelte m.E. die Anerkennung ungeschriebener Verfassungsrechte in einer wesenhaften Betrachtung unserer Demokratie sowie der in der Verfassung verankerten Grundwerte⁵, wenn es ausführt, die Annahme ungeschriebener Grundrechte rechtfertige sich nur für Befugnisse, “welche die Voraussetzung für die Ausübung anderer in der Verfassung genannter Freiheitsrechte bilden oder die sonst als unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheinen”⁶. Diese Essentialia sind letztlich nur durch die Besinnung auf das Wesen unserer Staatsordnung zu finden. Das Bundesgericht selbst deutet an, aus welchen Quellen es schöpft: “Als Leitidee hat dabei die Erhaltung eines Staatswesens zu gelten, welches dem Bürger in jedem Fall ein bestimmtes Mindestmass an persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten belässt. Ebenso sind der Entscheidung, je nach den Verhältnissen des konkreten Falles, die einer rechtsstaatlichen Freiheitsidee entsprechenden philosophischen und ethischen Prinzipien zugrunde zu legen, die jedoch ihrerseits gewissen Wandlungen unterworfen sein können”⁷. Zusätzlich stützt sich das Bundesgericht auf die Rechtsvergleichung und die Grundsätze, die als Leitideen für die von überstaatlichen Organisationen aufgestellten Normen gelten. Mit dem Hinweis auf die einer rechtsstaatlichen Freiheitsidee entsprechenden philosophischen und ethischen Prinzipien als auch auf das Mindestmass an persönlicher Entfaltungsmöglichkeit geht es für die Konkretisierung der Verfassung von einer wesenhaften Erfassung unserer Staatsordnung aus.

Jedoch nicht nur das Bundesgericht konkretisiert die Verfassung, sondern ebenso trägt der Gesetzgeber dazu bei. “Die Verfassung wird ... im Bereich der Grundrechte vom Gesetzgeber nicht korrigiert, sondern wie bei Aufgabennormen oder Organisations- und Verfahrensbestimmungen konkretisiert. Das bedeutet, dass der Gesetzgeber die Grundrechte näher zu bestimmen, zu entfalten, auszugestalten hat, wobei er sich am Normprogramm, am Grundrechtsverständnis und am von der Norm erfassten Ausschnitt aus der Wirklichkeit orientieren, also methodisch ähnlich wie

3 Luhmann, Zweckbegriff, 7.

4 Nach Tettinger, Rechtsanwendung, 391, bedarf die Sollensordnung stets der Integrierung des Realen im Weg dogmatischer Korrekturen oder richterlicher Rechtsfortbildung. Er warnt dabei zu Recht vor überzogenen Folgerungen in Richtung auf ein Rechtsprinzip der “normativen Kraft des Faktischen”.

5 Ähnlich J.P. Müller, Verfassungsgerichtsbarkeit, 68, 70 ff. Das Bundesgericht habe seine Funktion in der Sicherung der Essentialia einer demokratisch rechtsstaatlichen und bundesstaatlichen Ordnung gesehen.

6 BGE 104 Ia 96; 96 I 107; 96 I 223 f.; 100 Ia 400.

7 BGE 97 I 50.

der Rechtsanwender vorgehen muss"⁸. Die gleiche Pflicht hat der Verordnungsgeber, wobei er seine Abwägungen am Gesetz anknüpfen kann. Wenn der Gesetzgeber und der Verordnungsgeber die Verfassung bzw. das Gesetz konkretisieren, hat auch der Rechtsanwender auf der untersten Stufe seine Konkretisierungstätigkeit auf die erlassenen Verordnungen, Gesetze und letztlich die Verfassung auszurichten. Seine Tätigkeit ist nicht grundsätzlich verschieden von derjenigen seiner Vorinstanzen. Er setzt ebenfalls Recht, "indem er vorhandene Normen im Kontext der ganzen resp. der für die einzelne Anordnung benötigten Teile der Rechtsordnung und im Hinblick auf die zu entscheidenden Fragen konkretisiert"⁹. Jede rechtliche Anordnung hat damit letztlich Rechtssatzeigenschaft¹⁰. Der Rechtsanwender hat dabei ebenso wie seine Vorinstanzen vom Wesen der verschiedenen Erlasse auszugehen, was mehr als blosses Kenntnis der Rechtssätze bedeutet. Es gehört dazu das Wissen um das Rechtsganze und letztlich um das Wesen der betroffenen Sache bzw. des Systems.

Der Rechtsanwender hat jeweils im konkreten Fall das wesentliche Gesamtsystem zu erkennen. Er muss die Zielsetzungen der verschiedenen Erlasse erfassen, die nicht immer widerspruchsfrei sind. Ausgerichtet auf sie hat die Ziel-Mittel-Optimierung zu erfolgen.

Dabei kann das Erfassen der Ziele, wenn sie nicht klar vom Gesetzgeber festgelegt wurden, bereits Schwierigkeiten bereiten. Sie müssen häufig in Besinnung auf das Wesen der Sache gefunden oder offengelegt werden. Anschliessend ist es Aufgabe des Rechtsanwenders, aus der Funktion der Offenheit heraus die adäquaten Mittel zur Zielverwirklichung einzusetzen. Die Hauptgesichtspunkte für die Konkretisierung offener Normen lassen sich demzufolge aus dem Wesen des Systems, seinen Zielen und Wertungen unter Orientierung am Rechtsganzen ermitteln. Es dürfen jedoch keine systemfremden "politischen" Wertungen und Vorstellungen zur Geltung gebracht werden, auch wenn sie sich aufdrängen.

Die funktionale Bestimmung offener Normen ist es, die Ziele des Systems im konkreten Fall optimal zu verwirklichen. Ein Ausgleich zwischen sich konkurrierenden Werten und Zielen wird über das Prinzip der Verhältnismässigkeit erreicht. Die eingesetzten Mittel sollen geeignet sein, die Ziele des Systems zu realisieren. Sie müssen erforderlich sein, d.h., es gibt keine Massnahmen, die eine geringere Einbusse bei anderen Verfassungswerten bewirken würden. Ausserdem soll das angestrebte Ziel nur so weit verwirklicht werden, als es die Minderung der kollidierenden Verfassungswerte noch auszugleichen vermag¹¹. Die Verhältnismässigkeit bestimmt sich somit ebenfalls nach Werten und Zielen. Nur in Kenntnis dieser können die Mittel verhältnismässig eingesetzt werden.

Trotz der Gebundenheit an Ziele und Wertungen des Rechtssystems verbleibt dem konkretisierenden Organ ein gestalterischer, rechtsschöpferischer Bereich, der

8 G. Müller, Privateigentum, 45, 57.

9 Rhinow, Rechtsetzung, 232 f.

10 Rhinow, Rechtsetzung, 237.

11 G. Müller, Privateigentum, 62.

bereits in der Erfassung derselben liegen kann. Ebenso verlangt das Abwägen zwischen den kollidierenden Werten und Zielen ein eigenverantwortliches Vorgehen. Der Gesetzgeber wollte mit der offenen Normierung eine den jeweiligen Verhältnissen angepasste Harmonisierung ermöglichen, weshalb die Ziel-Mittel-Optimierung nicht mechanistisch vorzunehmen ist¹².

12 Tettinger, Rechtsanwendung, 410 ff., nimmt für die Bestimmung offener Normierungen eine Wertabwägung vor. Dazu seien zunächst alle potentiell einschlägigen Werte und Zielvorstellungen zu ermitteln, ihr jeweiliger Bedeutungsgehalt zu eruieren, sie zueinander in Beziehung zu setzen und so eine Werte-Ordnung vorzunehmen. Auf der Basis dieser Werte-Abstufung sei der konkrete Fall zu entscheiden. Die Werte-Abstufung sei dabei entsprechend der Werte-Ordnung der Verfassung vorzunehmen. Erst bei Werte-Egalität sei darauf abzustellen, in welchem Ausmass jeder Wert in concreto tangiert sei.

§ 3 Theorie und Praxis

Der Vergleich der theoretischen Ausführungen zur Rechtskonkretisierung im I. Kapitel mit den Untersuchungen der praktischen Konkretisierungsvorgänge im II. Kapitel macht eine Diskrepanz offensichtlich.

Die Behörden scheinen sich kaum um die Auslegungsmethoden zu kümmern. Den tatsächlichen Verhältnissen am nächsten steht die Theorie der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe und des Ermessens in Ausrichtung auf das Rechtsganze¹.

Warum diese Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis? Die meisten Auslegungstheorien wurden aufgrund des Privatrechts entwickelt. Obwohl das Privatrecht wie das öffentliche Recht ein Rechtssystem darstellt, das als solches Komplexität der Umwelt reduziert und dadurch ermöglicht, Entscheide zu fällen, scheint sich ein Unterschied in der Vorstellung über den Rechtsfindungsprozess entwickelt zu haben. Die traditionellen Theorien zur Auslegung und Lückenfüllung orientieren sich primär an der Norm und ihrer Entstehungsgeschichte, ohne allerdings den Normzweck ganz zu vernachlässigen². Sie werden aber einem Systemdenken, das sich beim Verwaltungshandeln deutlich zeigt, kaum gerecht. Rechtssätze zählen zwar zum System, das aber mehr als die bloße Summe aller Rechtssätze ist. Die Verwaltungsorganisation sowie die abstrakte Vorstellung von der Ordnung und ihrem Wesen, die politischen Wertungen, die Überzeugung, welche Wirkungen z.B. mit einem Bewilligungssystem erzielt werden sollen usw., gehören ebenso zum System. Einem so umfassenden Systembegriff kann nur eine Konkretisierung genügen, die sich im Bewusstsein über das Wesen der Sache auf das Rechtsganze ausrichtet. In das System fließt das Vorverständnis ein, das sowohl vom rechtlichen Vorwissen als auch von politischen und anderen metajuristischen Wertungen geprägt ist. Das Vorverständnis kann sich insbesondere über die Konkretisierung der offenen Normen in der Wirklichkeit niederschlagen. Das Rechtsganze muss dabei aber immer Richtschnur sein, nach der sich jedes Verwaltungshandeln ausrichtet³. Das politische Element, das im öffentlichen Recht gewichtiger sein mag als im privaten, zeigt sich auch bei der gerichtlichen Überprüfung von Verfügungen, die aufgrund offener Normen erlassen wurden. Der Richter bzw. die Rekursinstanzen auferlegen sich nicht zuletzt aus diesem Grund eine gewisse Zurückhaltung bei deren Kontrolle.

Da die traditionellen Auslegungstheorien meist aus dem von der Begriffsjurisprudenz geprägten Privatrecht stammen, lösen sie sich nur mühsam von deren Rechtsauffassung. Sie werden aber der tatsächlichen Konkretisierungsaufgabe der Verwaltung nicht mehr gerecht und sind deshalb durch eine ganzheitliche, auf das System ausgerichtete Betrachtungsweise zu ersetzen.

1 Vgl. vorne S. 18 ff., 39 ff.

2 Diese Ausrichtung entspricht der auf die Begriffsjurisprudenz und auf den Positivismus zurückgehenden Rechtstheorie.

3 M.E. gilt dies nicht nur für den Bereich des Verwaltungsrechts, sondern für die gesamte Rechtsordnung.

§ 4 Exkurs: Überprüfungsumfang gerichtlicher und verwaltungsinterner Beschwerdeinstanzen

I. Überprüfungstätigkeit des Bundesgerichts

Bereits die vom Bundesgericht getroffene Unterscheidung in Ermessensüberprüfung und Überprüfung von unbestimmten Gesetzesbegriffen bereitet Mühe. Wann Ermessen vorliegt und wann ein unbestimmter Gesetzesbegriff, ist nicht immer eindeutig. Den Begriff "Härtefall" bezeichnet das Bundesgericht beispielsweise als unbestimmten Gesetzesbegriff, wogegen es die Bildung einer "angemessenen Reserve" den Ermessensfragen zuordnet¹. Ob von einem unbestimmten Gesetzesbegriff oder Ermessen ausgegangen wird, ist anscheinend auch davon abhängig, in welchem Normbereich sich die Offenheit zeigt, in der Tatbestandsumschreibung oder in der Rechtsfolge. Andererseits bekommt man den Eindruck, dass das Bundesgericht von einem gewissen Unbestimmtheitsgrad an eine Ermessensermächtigung annimmt. Wo es die Grenze zieht, kann jedoch kaum mit Sicherheit festgestellt werden.

Im folgenden ist abzuklären, inwieweit das Bundesgericht bei offenen Normen den Verwaltungsinstanzen einen Bereich zur eigenverantwortlichen Ausgestaltung zuerkennt, ob es eine qualitative Unterscheidung zwischen Ermessen und unbestimmten Gesetzesbegriffen trifft und wie weit es deren Konkretisierung überprüft.

Da zu den im II. Kapitel umschriebenen Konkretisierungsvorgängen nur wenige Entscheide vorliegen und diese zum Teil bezüglich des Überprüfungsumfanges nicht ergiebig sind, musste im folgenden auf Entscheide aus anderen Gebieten, aber mit ähnlichen Gestaltungsbereichen zurückgegriffen werden.

A. Ermessensüberprüfung durch das Bundesgericht

Grundsätzlich weist das Bundesgericht bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden regelmässig darauf hin, dass mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Über- und Unterschreitung sowie Missbrauch des Ermessens geltend gemacht werden kann. Die Angemessenheit der Verfügungen dagegen überprüft das Gericht nicht². Im Zusammenhang damit erklärt es regelmässig, es wolle nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der Verwaltung setzen³. Überprüft wird dagegen, ob verfassungsmässige Rechte, insbesondere Art. 4 BV, verletzt sind. Die getroffene Massnahme muss sich auf ernsthafte

¹ Art. 3 Abs. 2 der Verordnung über einen Zollzuschlag auf Einfuhren von Rotwein in Flaschen vom 4. Oktober 1976, AS 1976, 2035; BGE 104 Ib 112 f.

² BGE 105 Ib 408; Jost, Rechtsschutz, 525 f.

³ BGE 104 Ib 116; 99 I 169.

Gründe stützen und darf nicht sinn- und zwecklos sein. Für rechtliche Unterscheidungen muss sich in den tatsächlichen Verhältnissen ein vernünftiger Grund finden. Ausserdem haben die getroffenen Massnahmen verhältnismässig zu sein⁴. Die Verwaltungsbehörde muss sich an den Rahmen des Ermessensspielraums halten⁵. Grundsätzlich übt das Bundesgericht Zurückhaltung bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden⁶. Zweckmässigkeitsfragen klärt es nicht ab. Für die Zweckmässigkeit ihrer Entscheidung trägt die verfügende Instanz allein die Verantwortung⁷. Bezüglich wirtschaftspolitischer Fragen bedeutet dies, dass die Verwaltung zur Beurteilung der wirtschaftlichen Auswirkungen der von ihr getroffenen Massnahmen als die verantwortliche und vom Bundesgericht zugleich als geeignetere Instanz betrachtet wird. Die Verwaltung setze sich, so das Bundesgericht, fortdauernd mit den Auswirkungen solcher Anordnungen auseinander, während es sich selbst nur mit "beschränkten Abschnitten des wirtschaftlichen Geschehens befassen" könne⁸.

Dennoch äussert sich das Oberste Gericht zur Frage, nach welchen Richtlinien sich der Ermessensentscheid auszurichten habe⁹. Dazu setzt es die zu überprüfende Verfügung mit dem Normzweck des Ordnungssystems, dem Gesetzeszweck und den verfassungsrechtlichen Grundsätzen, wie insbesondere der Rechtsgleichheit und der Grundrechtskonformität, in Beziehung. Diese Ausführungen hält es aber relativ unbestimmt und belässt den Verwaltungsbehörden einen weiten Spielraum für ihre eigenen Abwägungen.

B. Überprüfung unbestimmter Gesetzesbegriffe durch das Bundesgericht

Bei Verfügungen, die aufgrund unbestimmter Gesetzesbegriffe ergangen sind, nimmt das Bundesgericht einen gewissen Beurteilungsspielraum zugunsten der Behörden an, in den es nicht eingreift. Das Bundesgericht auferlegt sich Zurückhaltung, da die Verwaltungsbehörden sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht der zu beurteilenden Sache näherstehen. Sie sind mit den Gegebenheiten besser vertraut¹⁰. In diesen Bereichen sollen die Behörden die Verantwortung für die Konkretisierung der unbestimmten Begriffe übernehmen. Anders als beim Ermessen variiert dieser überprüfungsfreie Bereich von Fall zu Fall. Er kann unter Umständen völlig dahinfallen, wenn der Richter ebenso wie die Verwaltung in der Lage ist, den Begriff mit "hinreichend bestimmtem Rechtsgehalt zu füllen und ihm den dem Willen des Gesetzgebers entsprechenden Sinn zu geben"¹¹. Die Weite des Beurtei-

4 BGE 99 Ib 169; 104 Ib 113; 100 Ib 111, 435, 242.

5 BGE 104 Ib 113 f.

6 BGE 100 Ib 435.

7 BGE 91 I 169.

8 BGE 104 Ib 116.

9 BGE 104 Ib 113 f.; 99 Ib 170 ff.; 104 Ia 212 f.

10 BGE 102 Ib 241 f.; 103 Ib 83; 98 I 216 f.

11 BGE 100 Ib 387.

lungsspielraums ist nicht vom Begriff an sich abhängig, sondern von der Kompetenz des entscheidenden Organs, diesen zu konkretisieren. Die Kompetenz kann ausschliesslich bei der Verwaltung oder sowohl bei den Verwaltungsbehörden als auch beim Richter liegen. Unbestimmte Gesetzesbegriffe gewinnen zunächst, so das Bundesgericht, ihren Inhalt aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift sowie aus deren Stellung im Gesetz und dem Rechtssystem¹². Ein Beurteilungsspielraum im Einzelfall kann entstehen, wenn z.B. örtliche Verhältnisse zu würdigen sind, ein Grenzfall vorliegt oder die Auslegung Schwierigkeiten bereitet¹³.

Ohne dass das Bundesgericht es direkt erwähnt, richtet es sich bei der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe nach dem beschriebenen Vorgehen des "Hin- und Herwandernlassens" des Blicks vom Sachverhalt auf die Gesetzesbestimmung und umgekehrt. Ist der Sachverhalt für das Gericht ebenso nachvollziehbar wie für die Verwaltungsbehörden, gesteht es letzteren keinen Beurteilungsspielraum zu. Dies ist beispielsweise beim Begriff "unsittliche Natur" der Fall. Zur Beurteilung der Unsittlichkeit, die den allgemeinen Moralvorstellungen unterworfen ist, sei keine besondere Sachnähe notwendig¹⁴. Dagegen habe das Gericht eine weniger grosse Einsicht in die Dienstpflicht der Beamten, so dass es für die Konkretisierung des Begriffes "ausserordentliche Dienstleistung"¹⁵ den Verwaltungsorganen einen gewissen Beurteilungsspielraum zuerkennt. Ebenso können die Entscheide der Verwaltung von wirtschaftlichen Überlegungen abhängig sein, die das Gericht weniger gut beurteilen kann als ein Verwaltungsorgan¹⁶. Letztlich entscheidet das Bundesgericht über den Umfang des Beurteilungsspielraums der Verwaltung¹⁷.

Bei unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts greift das Bundesgericht regelmässig ein¹⁸. Ausserdem überprüft es, ob eine Verfügung mit der Zwecksetzung der anzuwendenden Gesetzesbestimmung sowie der gesamten Rechtsordnung übereinstimmt¹⁹.

Trotz des zuerkannten Beurteilungsspielraums sieht das Bundesgericht in der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe ein Problem der Auslegung, die als Beantwortung einer Rechtsfrage von der Ermessensbetätigung zu unterscheiden ist, sich aber im Falle eines Beurteilungsspielraums nicht mehr scharf von der Ermessensausübung trennen lässt²⁰.

Zusammenfassend kann festgehalten werden: Das Bundesgericht stellt bei der Beurteilung der Konkretisierung eines unbestimmten Begriffes diesen in das Gesetzesganze und misst die Konkretisierung am Gesetzeszweck. Dabei nimmt es auch

12 BGE 96 I 373; 93 I 6; 95 I 297.

13 BGE 96 I 373.

14 BGE 100 Ib 386 f.

15 BGE 102 Ib 241 f.

16 BGE 97 I 475.

17 Thomas Fleiner, Verwaltungsrecht, 250.

18 BGE 98 Ib 217; 99 Ib 79 f.; Jost, Rechtsschutz, 521.

19 BGE 102 Ib 242. Jost, Rechtsschutz, 523, betont die grundlegende Bedeutung der verfassungskonformen Auslegung.

20 BGE 96 I 373; ähnlich Jost, Rechtsschutz, 517 ff.

auf das Verfassungsrecht Rücksicht. Die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums macht es von der Kompetenz des jeweiligen Organs zur Konkretisierung abhängig, d.h. von der Sachnähe und der Einsichtsmöglichkeit in die sich ergebenden Interessenabwägungen. Es anerkennt bezüglich der unbestimmten Gesetzesbegriffe im Gegensatz zum Ermessen keine grundsätzlich vorrangige Kompetenz der Verwaltungsbehörden zur Ziel-Mittel-Optimierung.

II. Überprüfungsbefugnis der verwaltungsinternen Beschwerdeinstanzen bei Ermessensermächtigungen und unbestimmten Gesetzesbegriffen

Verwaltungsinterne Beschwerdeinstanzen überprüfen die Ermessenstätigkeit einer unteren Instanz in der Regel vollständig, d.h., sie auferlegen sich keine Zurückhaltung und überprüfen auch die Angemessenheit einer Anordnung²¹. Die Überprüfungsbefugnis beschränken sie nur, wenn die Verfügung aufgrund einer speziellen Abklärung wie beispielsweise einer Expertise erging²². In diesen Fällen weicht der Bundesrat nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz ab, sondern nur, wenn Verfahrensvorschriften verletzt wurden²³. Den Entscheid einer Vorinstanz hebt er ebenso lediglich auf, wenn Experten beispielsweise den Wert eines zu beurteilenden Filmprojektes offensichtlich falsch einschätzten, d.h. das Ergebnis materiell nicht vertretbar ist²⁴. Überprüft die Beschwerdeinstanz ein Projekt zurückhaltend, macht sie regelmässig darüber Ausführungen, warum ein Entscheid noch innerhalb der Entscheidungsbefugnis der unteren Instanz liegt und den Ermessensbereich nicht überschreitet²⁵.

Im Gegensatz zum Bundesgericht zieht die innerhalb der Verwaltung stehende Beschwerdeinstanz keine Trennlinie zwischen Ermessensausübung und Konkretisierung von unbestimmten Gesetzesbegriffen. Sie betont eher das Verbindende, nämlich den Gestaltungsbereich des Rechtsanwenders²⁶, was nicht erstaunt, ist sie doch sowohl bei der Konkretisierung von unbestimmten Gesetzesbegriffen als auch bei der Ermessensausübung grundsätzlich zur vollen Überprüfung berechtigt. Was die praktischen Auswirkungen anbelangt, so ist es für sie unwesentlich, zwischen Beantwortung einer Rechtsfrage und Ermessensbetätigung zu unterscheiden. Weniger vorbelastet durch rechtsdogmatische Überlegungen, kommt sie den tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten näher und trifft zwischen unbestimmtem Gesetzesbegriff und Ermessen keine grundsätzliche Unterscheidung.

21 VPB 42, 1978, Nr. 61, S. 263.

22 VPB 43, 1979, Nr. 40, S. 185.

23 Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., 316.

24 VPB 43, 1979, Nr. 40, S. 185 f.; VPB 42, 1978, Nr. 20, S. 88; VPB 34, 1968/69, Nr. 55.

25 Vgl. z.B. VPB 43, 1979, Nr. 40, S. 187 f.

26 VPB 43, 1979, Nr. 54; VPB 42, 1978, Nr. 61; VPB 34, 1968/69, Nr. 55; VPB 43, 1979, Nr. 28.

III. Funktionsgerechte Überprüfung offener Normen

Die Überprüfungsbefugnis von Verwaltungsakten durch die Gerichte bzw. höheren Verwaltungsinstanzen bestimmt sich m.E. einerseits von der Funktion der Gerichte bzw. der Verwaltung und andererseits von der funktionalen Bedeutung offener Normen her²⁷. Die gerichtliche Entscheidung hat juristischen Richtigkeitsansprüchen zu genügen. Dagegen ist die Verwaltungsentscheidung zum Teil von metajuristischen Aspekten geprägt. Ihre Funktion ist primär Zweckverwirklichung im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften²⁸. Diese Funktionen bestimmen auch die Entscheidungsprärogativen. Im metajuristischen, ermessensmässigen Gestaltungsbereich hat die Verwaltung den Vorrang, wogegen im Bereich der juristischen Richtigkeitsgewähr die richterliche Entscheidung Priorität hat²⁹. „Die Verwaltungsgerichte haben ... nicht in Konkurrenz zur Verwaltung zu agieren, sondern zu kontrollieren und gegebenenfalls zu korrigieren. Die einschlägigen Rechtsvorschriften sind demgemäss für die Verwaltung ‘Verhaltensnormen’; für die Verwaltungsgerichte dagegen ‘Beurteilungsnormen’.“³⁰ Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, welche Erwägungen rein juristischer und welche bereits metajuristischer Natur sind.

Das beim Konkretisierungsakt zu beachtende Recht stellt den Rahmen dar, innerhalb dessen die Abwägungen erfolgen, die unter Umständen zu verschiedenen Lösungen führen können³¹. Harmonisierung und Optimierung der beteiligten Werte liegen, soweit dem Verhältnismässigkeitsprinzip Genüge getan wird, im Gestaltungsbereich der Verwaltung. Die korrekte Berücksichtigung der Rechtsordnung mit ihren Grundwerten untersteht dagegen der richterlichen Kontrolle. Die gerichtliche Überprüfung muss daher die Ziel-Mittel-Optimierung offener Normen vor Augen haben und in diesem Bereich der Verwaltung eine eigenverantwortliche Gestaltungsfreiheit zuerkennen. „Der Richter hat ... die Entscheidungsprärogative (nicht: das Entscheidungsmonopol!) der Verwaltung als verfassungsrechtliches Gebot zu respektieren.“³² Die Kontrolle der Übereinstimmung des Verwaltungshandelns mit den gesetzlichen Zielen gehört zu den Aufgaben des Richters. Dagegen ist es nicht seine Sache, die Optimierung von Zielen und Mitteln vorzunehmen. Insofern kommt den offenen Normen eine Abgrenzungsfunktion zu³³.

Fest steht, dass das Gericht grundsätzlich die Einhaltung der rechtlichen Schranken durch die Verwaltung zu überprüfen hat³⁴. Unklar dagegen ist die Frage, wo

27 Gl.M. Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 667; ebenso Moor, Le juge, 667 ff. Nach J.P. Müller, Verfassungsgerichtsbarkeit, 53 f., ist „die funktionelle Zuständigkeit und Sachlichkeit der Entscheidung vermehrt in ihrer wechselseitigen Bezogenheit zu sehen“. Vgl. auch Tettinger, Rechtsanwendung, 349 ff.

28 Scholz, Verwaltungsverantwortung, 155; ähnlich auch Kägi-Diener, Justiz, 22 ff., 29 ff.

29 Scholz, Verwaltungsverantwortung, 155.

30 Tettinger, Rechtsanwendung, 351.

31 Rhinow, Rechtsetzung, 235.

32 Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 670.

33 Rhinow, Rechtsetzung, 62 ff.

34 Vgl. auch Imboden/Rhinow, Nr. 67 III.

die Grenzen des Gestaltungsbereichs der Administrativbehörden liegen und nach welchen rechtlichen Gesichtspunkten sich die Verwaltung bei offenen Normen zu richten hat³⁵. M.E. hat das Gericht nicht nur die Übereinstimmung der Verwaltungsakte mit den direkt anzuwendenden Normen, deren Zielen sowie dem Willkürverbot, dem Gebot von Treu und Glauben und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit³⁶ zu überwachen, sondern auch den Einbezug der Verfassungswerte – und ganz generell des Rechtsganzen – in die Entscheidung der Verwaltungsbehörden zu kontrollieren. Zugleich hat es die Eigenverantwortlichkeit der Verwaltung zu achten³⁷. Unter diesem Blickwinkel ist vom Verwaltungsgericht abzuklären, “ob die Verwaltung die rechtliche Grenze ihres freien Ermessens verletzt oder von diesem Ermessen willkürlich Gebrauch gemacht hat”³⁸. Die Unterscheidung, welche das Verwaltungsgericht zwischen Ermessensüberprüfung und Kontrolle der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe trifft, erübrigt sich m.E. bei einer ganzheitlichen Betrachtungsweise. Die Rechtsbindungen beim Ermessen und bei den unbestimmten Gesetzesbegriffen unterscheiden sich qualitativ nicht.

Die verwaltungsinternen Beschwerdeinstanzen beschränken dagegen zu Recht ihre Überprüfungstätigkeit, wenn die Vorinstanz durch besondere Fachkenntnisse zur Entscheidung besser befähigt gewesen ist, und überlassen die Konkretisierung des Gestaltungsbereichs der kompetenteren Instanz³⁹. Aus dem gleichen Grund werden Entscheide, die aufgrund einer ordnungsgemäss erstellten Expertise ergangen sind, nur beschränkt überprüft. Dabei wird kein qualitativer Unterschied zwischen unbestimmten Gesetzesbegriffen und Ermessen gemacht, sondern beide werden als offene Normen gleich behandelt.

Ausserdem ist nicht nur in der Praxis der Verwaltungsbehörden kein qualitativer Unterschied zwischen Ermessensüberprüfung und Kontrolle der Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe auffindbar, sondern auch bei der gerichtlichen Überprüfung ist die Unterscheidung weitgehend theoretisch. So ist der eingeräumte Beurteilungsspielraum in Tat und Wahrheit nicht unbedingt kleiner als das der Verwaltung zugestandene Ermessen. Beide sind in das Rechtsganze eingebettet und durch die rechtlichen Prinzipien begrenzt⁴⁰.

35 Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 670.

36 Vgl. z.B. BGE 90 I 343.

37 Nach Rhinow, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 670, hat der Verwaltungsrichter Rechtsakte der Verwaltung am “vorgelagerten Rechtsganzen zu messen”, worunter Verfassung und Gesetz, aber auch “über das Scharnier von Verfassungs- und Rechtsgrundsätzen” Rechtsakte und Praxis der Verwaltung selbst zu zählen sind.

38 ZBl. 1957, 467.

39 Kritisch dazu Jost, Rechtsschutz, 517.

40 Gl.M. Imboden/Rhinow, Nr. 66 II d.

LEBENS LAUF

1951 in Zürich geboren, wuchs ich in Fehraltorf auf, wo ich die Primarschule besuchte. Das Gymnasium absolvierte ich in Zürich und Luzern. Nach der Matura (Typus B) immatrikulierte ich mich zunächst an der Philosophischen Fakultät I und begann im Frühjahr 1973 meine rechtswissenschaftlichen Studien, die ich 1977 mit dem Lizentiat abschloss. Von Anfang 1978 bis Ende 1980 arbeitete ich als Assistentin der Professoren Dr. Werner Kägi und Dr. Georg Müller. Die vorliegende Dissertation entstand vorwiegend zwischen Frühling 1981 und Herbst 1982. Daran anschliessend war ich am Bezirksgericht Bülach tätig.

